

REVISTA DA

ISSN 1415-112X

ESMAPE



VOLUME 13 • n. 28 • julho a dezembro 2008



Museu do Mestre Vitalino

Homenagem
Mestre Vitalino
100 anos



Idealizada pela diretoria da Associação de Magistrados de Pernambuco - AMEPE, em 1985, a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE teve seus cursos reconhecidos pelo Tribunal de Justiça do Estado, através da Resolução n.24, publicada no Diário Oficial do Estado, em 04 de abril de 1987.

A Escola funcionou inicialmente na Avenida João de Barros, no antigo Colégio Leão XIII. Depois passou para as dependências do Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley e Colégio Americano Batista, até adquirir sua sede própria, em 2004.

Hoje, a ESMAPE é a escolha certa para quem quer se aperfeiçoar. Com 20 anos de existência, a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco oferece ferramentas para a formação e o aperfeiçoamento, tanto ético quanto profissional, de magistrados e demais operadores do Direito. Situada na Rua do Imperador Pedro II, 221 - Recife, a ESMAPE possui um leque variado de opções em Cursos de Pós-graduação Lato Sensu, além do Curso de Preparação à Magistratura e demais Carreiras Jurídicas.

Com uma infra-estrutura dotada de biblioteca, lanchonete com terraço panorâmico e auditório, a ESMAPE promove também mini-cursos, palestras, simpósios, jornadas e congressos, regularmente, nos quais participam renomados expositores do Brasil e exterior.

Contando com um corpo docente altamente qualificado, composto de doutores, mestres e especialistas, a ESMAPE garante a qualidade dos seus serviços com pessoal comprometido, graduado e treinado.

Buscando fomentar o debate acadêmico e a produção intelectual, principalmente dos juristas pernambucanos, a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco investe na edição de publicações como a Revista da Esmape, que se tornou uma referência editorial dentro e fora do Brasil.

Sintonizada com a celeridade do mundo moderno, a ESMAPE dispõe também do portal www.esmape.com.br, onde os magistrados e operadores do Direito podem acompanhar os acontecimentos do mundo jurídico, além de seu informativo institucional, o Esmape Notícias, que divulga os acontecimentos que fazem parte do dia-a-dia da Escola.





Volume 13 – Número 28
julho/dezembro – 2008

Publicação Científica e Semestral

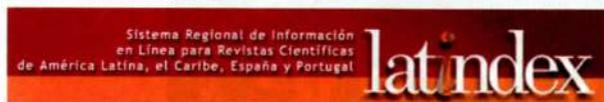
Revista da ESMAPE

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

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

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Solicita-se permuta / Exchange disued / on demande échange

Base de dados indexadora



Revisão: autores e *Profa. Esp.* Euliene Staudinger
Diagramação: Joselma Firmino de Souza – DRT 3741-PE
Tiragem: 1200 exemplares

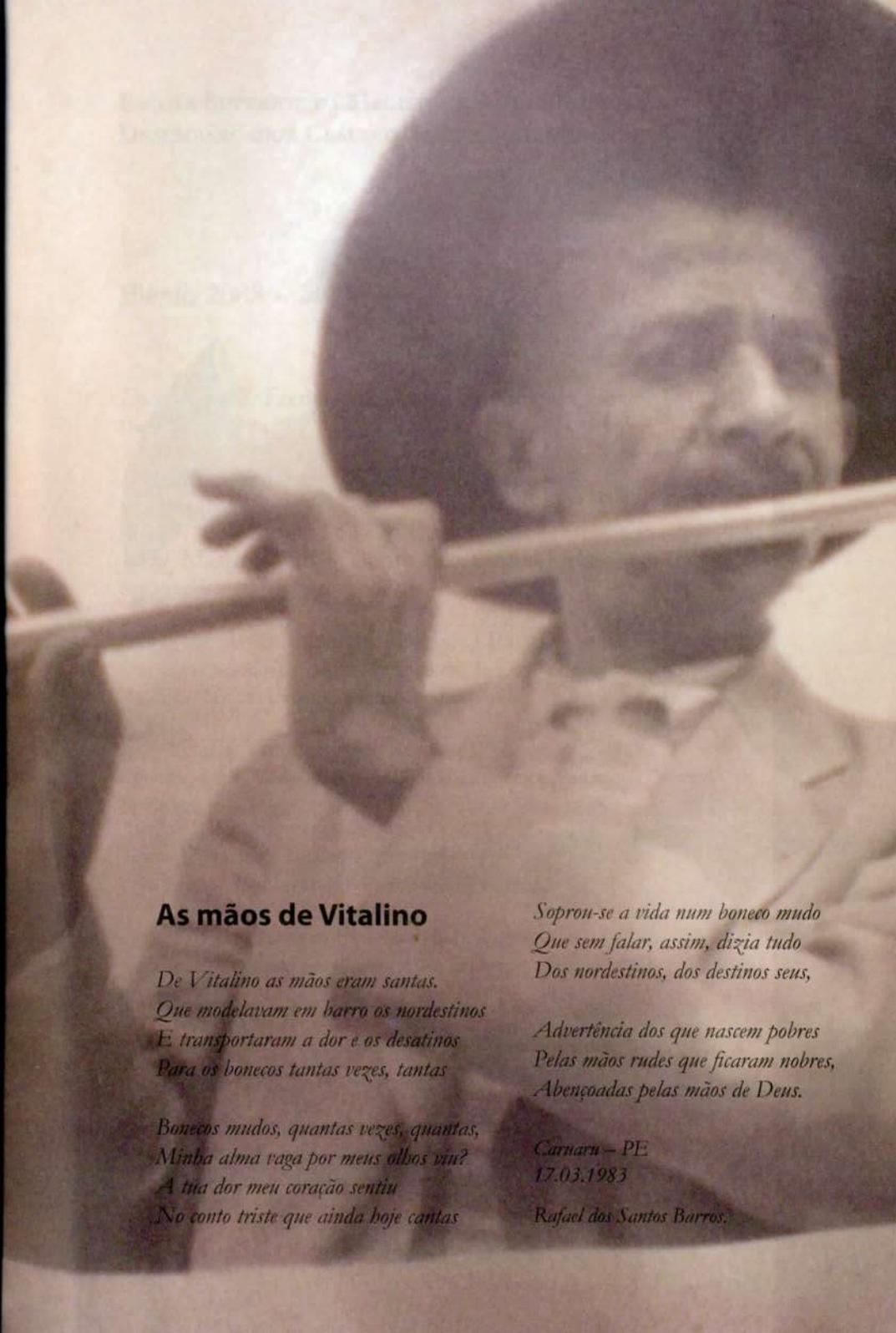
Esmape-Biblioteca
FA20090144
05/08/2009
P001
Empréstimo

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

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

1. Direito-Periódico. I. Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Desembargador Cláudio Américo de Miranda. II ESMAPE.

CDD 340.05



As mãos de Vitalino

*De Vitalino as mãos eram santas,
Que modelavam em barro os nordestinos
E transportaram a dor e os desatinos
Para os bonecos tantas vezes, tantas*

*Bonecos mudos, quantas vezes, quantas,
Minha alma vaga por meus olhos viu?
A tua dor meu coração sentiu
No conto triste que ainda hoje cantas*

*Sopron-se a vida num boneco mudo
Que sem falar, assim, dizia tudo
Dos nordestinos, dos destinos seus,*

*Advertência dos que nascem pobres
Pelas mãos rudes que ficaram nobres,
Abençoadas pelas mãos de Deus.*

*Carnaru – PE
17.03.1983*

Rafael dos Santos Barros.

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO
DESEMBARGADOR CLÁUDIO AMÉRICO DE MIRANDA

Biênio 2008 – 2009

Desembargador Frederico Ricardo de Almeida Neves
Diretor

Desembargador Leopoldo de Arruda Raposo
Vice-Diretor

Juíza Mariana Vargas Cunha de Oliveira Lima
Supervisora

Juíz José André Machado Barbosa Pinto
Supervisor Adjunto e Coordenador Adjunto do Curso de Preparação à
Magistratura e das Demais Carreiras Jurídicas

Juíz André Vicente Pires Rosa
Coordenador do Curso de Preparação à Magistratura e das Demais Carreiras
Jurídicas

Juíz Alexandre Freire Pimentel
Coordenador dos Cursos de Pós-graduação e Extensão

Juíz Carlos Damiano Pessoa Costa Lessa
Coordenador Adjunto dos Cursos de Pós-graduação e Extensão

Juíz Lúcio Grassi de Gouveia
Coordenador dos Cursos de Formação e Aperfeiçoamento de
Magistrados e Servidores

Juíz Saulo Fabianne de Melo Ferreira
Coordenador Adjunto dos Cursos de Formação e
Aperfeiçoamento de Magistrados e Servidores

Juíza Ana Carolina Avellar Diniz
Coordenadora de Eventos Científicos e Culturais

Juíz José Alberto de Barros Freitas Filho
Coordenador de Pesquisa, Divulgação Científica e Cultural e da Assessoria Jurídica Virtual

Juíz Sílvio Romero Beltrão
Coordenador de Estudos Internacionais

Juíz Janduhy Finizola da Cunha Filho
Coordenador de Comunicação Social

Desembargador Gustavo Augusto Rodrigues de Lima
Coordenador de Estudos Penais e Controle da Violência

Desembargador Luiz Carlos de Barros Figueiredo
Coordenador de Direitos Fundamentais

Juíza Sonia Stamford Magalhães Melo
Subcoordenadora da Família, da Infância e Juventude e do Idoso

Juíza Cíntia Daniela Bezerra de Albuquerque
Subcoordenadora de Direitos Difusos do Consumidor e do Meio Ambiente

Desembargador Fernando Eduardo de Miranda Ferreira
Coordenador de Prática Jurídica Cível em Serviço e em Sala de Aula

Desembargador Roberto Ferreira Lins
Coordenador de Prática Jurídica Criminal em Serviço e em Sala de Aula

Presidente

João Maurício Leitão Adeodato
Professor Doutor / Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Membros

Ana Paula Costa e Silva
Professora Mestre / Universidade Católica de Brasília - UCB-DF

Andréas Krell
Professor Doutor / Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas

Cláudio Brandão
Professor Doutor / Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Dayse de Vasconcelos Mayer
Professora Doutora / Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Gustavo Ferreira Santos
Professor Doutor / Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

José de Oliveira Ascensão
Professor Doutor / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Portugal

José Rogério Cruz e Tucci
Professor Doutor / Universidade de São Paulo

Luiz Rodrigues Wambier
Professor Doutor / PUC-SP

Nelson Saldanha
Professor Doutor / Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Paulo Otero
Professor Doutor / Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sônia García Vásquez
Professora Doutora / Universidad Autónoma de Madrid - Espanha

Coordenação Técnica e Editorial / Novo Projeto Gráfico

Bela. Esp. Joseane Ramos Duarte Soares

Editorial.....	13
<i>Editor's note</i>	
Rejeição da denúncia à luz da reforma processual.....	17
<i>Rejection of Denounce under the Processual Revision of the Law 11.719, of 6/20/2008</i>	
Adeildo Lemos de Sá Cruz	
Desapontação: desafios e controvérsias	39
<i>Discrete</i>	
Ana Virgínia Siqueira Maux Gonçalves	
Dilma Solange Gomes Espíndola	
Uma análise sobre a possibilidade da apreciação de norma constitucional por parte dos julgadores do contencioso administrativo tributário	63
<i>Analysis of the possibility of interpreting the constitution in the administrative procedure law</i>	
Antonio Carlos Ferreira de Souza Júnior	
A assistência judiciária integral e gratuita face à imposição incutida no art. 12 da Lei 1.060/50.....	99
<i>Free legal assistance and access to justice in view of the requirements created by article 12, law 1.060/50</i>	
Antônio Fernando de Araújo Martins	
Execução provisória na sistemática introduzida pela Lei nº11.232/2005: Incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC para o caso de contumácia.....	113
<i>The provisional execution in the systematic adopted by law nº 11.232/2005: The fine enforcement state in the article 475-J of the rules of civil procedure in the case of contumacy</i>	
Breno Duarte Ribeiro de Oliveira	
Evolução histórica do processo:do seu surgimento, na Pré-história, à Roma	129
<i>Historical Evolution of the Lawsuit: from it's appearance in the pre-bistory, until Rome</i>	
Bruno de Araújo Sena	
Dos procedimentos relativos aos Processos Cíveis e Criminais de competência dos juizados (varas) de violência doméstica e familiar contra a mulher.....	153
<i>Proceedings related to the civil and criminal lawsuits at specialcourts (courts) of domestic and familiar violence against woman</i>	
Clécio Camêlo de Albuquerque	

Apelação desafiando sentença que julga liminarmente improcedente o pedido: uma proposta de atuação mais ousada ao nosso legislador constituinte derivado, face à necessária atomização dos requisitos eleitos para o art. 285-A do CPC 179

Eduardo Porto Carreiro Neves

Appeal challenging sentence that initially rejects the request: a proposal for the more daring constituent derived by the requirements elected to enable the applicability of article 285-A of the CPC

O direito à vida e a biotecnologia 213

The right to Life and the Biotechnology

Fernando Antonio Sabino Cordeiro

Aspectos procedimentais da lei 11.441/07: Análise de seu contributo à efetividade no âmbito da separação e do divórcio extrajudiciais 243

Proceedings aspect's of Law 11.441/07: Analysis of its contribution to the effectiveness of the extrajudicial separation and the divorce

Georgia Angela Gois Cerqueira

A repercussão geral das questões constitucionais como mecanismo de contenção recursal e requisito de admissibilidade do recurso extraordinário 265

The Effect of General Constitutional Issues as a Mechanism of Contention Recursal and requirement of admissibility of Extraordinary

Isabella Ferraz Bezerra de Menezes

A investigação jurídica e o recurso aos direitos estrangeiros e à comparação 293

The Juridical Investigation and the Resouce to the Foreign Rights and the Comparasion

José Júnior Florentino dos Santos Mendonça

As "exceções e limites" ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital 315

The "limitations and exceptions" to copyright and related rights in the Digital environment

José de Oliveira Ascensão

Aplicação sistemática do princípio da proporcionalidade na defesa dos direitos fundamentais 353

Systematic application of the proportionality principle in order to protect fundamental rights

Júlio Azzí Aprígio de Carvalho

Há supedâneo jurídico plausível para exigência prévia da "atividade jurídica" nos concursos públicos de juiz substituto? 373

There is legal requirement to advance the "legal activity" in the open court?

Leonardo Sales de Aguiar

Audiência preliminar: Eixo central e aglutinador dos atos de cognição processual.... 407

Preliminary bearing: the central axis and unify the procedural acts of cognition

Lúcio Grassi de Gouveia

Discrecionalidade administrativa: Controle judicial pelo viés da Proporcionalidade e Razoabilidade 435

Administrative discretionarity: control through the bias of proportionality and reasonableness

Maria Beatriz Ribeiro Gonçalves

Preços de transferência e acordos internacionais para evitar a bitributação 459

Transfer price and international agreements to avoid dual taxing

Rafael de Oliveira Nunes

Elementos para uma Teoria geral do direito do consumidor 483

Éléments pour une théorie générale du droit du consommateur

Roberto Grassi Neto

Contribuintes do Imposto de Renda obrigados ao recolhimento pelo carnê-leão e a desproporcionalidade da sanção aplicada pelo descumprimento dessa obrigação 525

Income-Tax Payers obliged to pay tax through the carnê-leão (PAYE) system and the disproportional nature of the sanction applied for non-compliance with this obligation

Silvia Carolina Buarque de Gusmão Noya

João Hélio de Farias Moraes Coutinho

Raymundo Juliano Rêgo Feitosa

Adequação das hipóteses de rejeição da inicial acusatória e o surgimento do julgamento antecipado do processo, pró réu, após a reforma do Código de Processo Penal trazida pela Lei nº 11.719/08 563

Fitness for rejection of the initial hypothesis accusatory and the emergence process prejudgement, beboof defendant, after the reform of the criminal procedure code, insert by the law n° 11.719/08

Tiago Maggi de Sousa

L'interpretazione del contratto nell'ordinamento italiano 591

Interpretation of contract into italian order

Valentina Moscon

Breves comentários jurídicos acerca do início e do fim da vida humana e os seus principais estágios de desenvolvimento segundo o direito brasileiro 607

Rejection of Denounce under the Processual Revision of the Law 11.719, of 6/20/2008

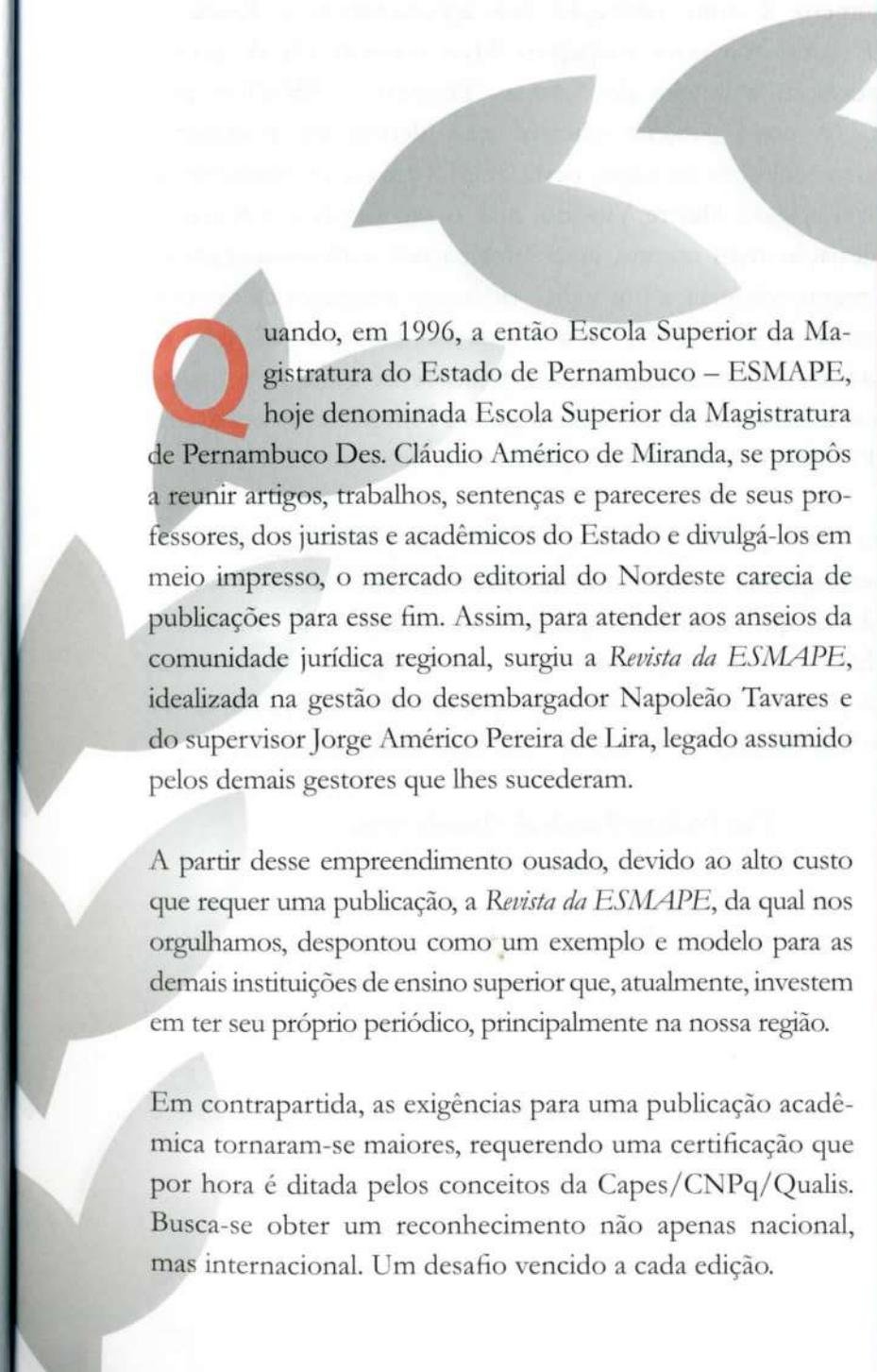
Wyllamar Jacinto Oliveira Silva

Índice por assuntos 633

Subject index

Normas para publicação de trabalhos 637

Standards for publication



Quando, em 1996, a então Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE, hoje denominada Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Des. Cláudio Américo de Miranda, se propôs a reunir artigos, trabalhos, sentenças e pareceres de seus professores, dos juristas e acadêmicos do Estado e divulgá-los em meio impresso, o mercado editorial do Nordeste carecia de publicações para esse fim. Assim, para atender aos anseios da comunidade jurídica regional, surgiu a *Revista da ESMAPE*, idealizada na gestão do desembargador Napoleão Tavares e do supervisor Jorge Américo Pereira de Lira, legado assumido pelos demais gestores que lhes sucederam.

A partir desse empreendimento ousado, devido ao alto custo que requer uma publicação, a *Revista da ESMAPE*, da qual nos orgulhamos, despontou como um exemplo e modelo para as demais instituições de ensino superior que, atualmente, investem em ter seu próprio periódico, principalmente na nossa região.

Em contrapartida, as exigências para uma publicação acadêmica tornaram-se maiores, requerendo uma certificação que por hora é ditada pelos conceitos da Capes/CNPq/Qualis. Busca-se obter um reconhecimento não apenas nacional, mas internacional. Um desafio vencido a cada edição.

Neste número, é com satisfação que apresentamos a *Revista da ESMAPE* com uma nova roupagem. Mais normatizada de acordo com Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT e mais moderna. O novo projeto editorial não deixou de contemplar nossas raízes culturais na capa, nesta edição com a homenagem ao inesquecível artesão Mestre Vitalino, mas o seu formato está maior, sua diagramação mais ousada, com informações mais esclarecedoras sobre as regras editoriais e um índice alfabético-remissivo de assunto. Outra novidade é que, agora, nossa revista está indexada pela base de dados *Latindex – Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, representado no Brasil pelo Instituto Brasileiro de Ciência e Tecnologia – IBICT.

Com este novo padrão e com o objetivo de prosseguir, cada vez mais, aperfeiçoando-o, esperamos continuar contando com os nossos colaboradores que, acima de qualquer certificação que venhamos a vislumbrar, têm o comprometimento de divulgar a sua produção acadêmica para suscitar o debate e enriquecer a doutrina jurídica, que servirá de bússola para todos aqueles que legislam e julgam no país.

Des. Frederico Ricardo de Almeida Neves

Diretor

Rejeição da denúncia à luz da reforma processual

Adeildo Lemos de Sá Cruz

Juiz de Direito

Resumo

A reforma processual penal separou definitivamente as questões de mérito das processuais. Tornou-se, assim, bem mais técnico e funcional o sistema. A alocação da falta de justa causa entre as hipóteses de rejeição da denúncia privilegia o exercício

da ampla defesa e do contraditório, corroborado nos termos do dispositivo infraconstitucional.

Palavras-chave: Reforma Processual Penal. Denúncia. Queixa. Rejeição. Ação Penal.

1 Introdução

Este artigo destina-se a examinar os principais aspectos da rejeição da denúncia, após a Reforma Processual operada pela Lei nº 11.719/2008. A importância do estudo a ser tratado, revela-se, à medida que, há uma intensa polêmica na doutrina a respeito das consequências e aplicabilidade da nova enumeração legal, vazada no art. 395, da Carta Processual Penal.

A escolha do tema do presente trabalho justifica-se pela necessidade de se empreender uma nova interpretação acerca das hipóteses de rejeição da denúncia, que seja mais aproximada da nova ordem constitucional, sob a ótica de um processo penal mais voltado à garantia da liberdade.

Rejeição da denúncia à luz da reforma processual

Adeildo Lemos de Sá Cruz

Juiz de Direito

Resumo

A reforma processual penal separou definitivamente as questões de mérito das processuais. Tornou-se, assim, bem mais técnico e funcional o sistema. A alocação da falta de justa causa entre as hipóteses de rejeição da denúncia privilegia o exercício

da ampla defesa e do contraditório, corroborado nos termos do dispositivo infraconstitucional.

Palavras-chave: Reforma Processual Penal. Denúncia. Queixa. Rejeição. Ação Penal.

1 Introdução

Este artigo destina-se a examinar os principais aspectos da rejeição da denúncia, após a Reforma Processual operada pela Lei nº 11.719/2008. A importância do estudo a ser tratado, revela-se, à medida que, há uma intensa polêmica na doutrina a respeito das consequências e aplicabilidade da nova enumeração legal, vazada no art. 395, da Carta Processual Penal.

A escolha do tema do presente trabalho justifica-se pela necessidade de se empreender uma nova interpretação acerca das hipóteses de rejeição da denúncia, que seja mais aproximada da nova ordem constitucional, sob a ótica de um processo penal mais voltado à garantia da liberdade.

Objetiva-se em linhas gerais, demonstrar que as hipóteses de rejeição da denúncia devem ser analisadas como um robustecimento do *favor libertatis*, expungindo, *ab initio*, uma ação penal destituída de um mínimo de seriedade, a justificar a *persecutio criminis*. Foi delineado, tendo por base, a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, antes e após a Reforma.

A construção do raciocínio norteador formou-se da seguinte maneira: primeiramente, foi analisado o momento em que o processo penal tem início, com o enfrentamento das principais divergências doutrinárias a respeito. Todavia, aceitando-se, como válida, a tese do recebimento da inicial acusatória como momento do início do processo. Em seguida, foi elaborado um brevíssimo levantamento sobre as espécies de ação penal. Em prosseguimento, foram investigadas as condições da ação e os requisitos formais da vestibular acusatória, pois quando eivados de vícios, inviabilizam a ação. Por fim, criticamente, foram traçados os pontos de vista sobre as hipóteses estatuídas no art. 395, do Código de Ritos, que geram a rejeição da inicial.

2 Início do Processo Penal e sua integração

A doutrina sempre divergiu quanto ao momento do início do processo penal, se com o oferecimento da denúncia, ou com o seu efetivo recebimento. Predomina o entendimento de que o processo só se inicia com o recebimento da denúncia ou da queixa. Contudo, não se pode negar que o mesmo já existe com a propositura da ação. Com o oferecimento da peça deflagratória da ação penal, passa a haver relação linear entre a acusação e o juiz. Em tal ocasião, inclusive, é possível a rejeição desta, mesmo sem ter havido a citação do acusado. No mesmo sentido é a doutrina de Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p.105), asseverando que:

embora incompleta a relação processual ou incompleto o processo (art.363, CPP), já que o acusado sequer teria sido chamado em juízo, é bem de ver que, inegavelmente, teria existido o processo, a menos que se queira admitir manifestações do Poder Judiciário, e com eficácia preclusiva, fora do processo judiciário.

A Reforma Processual operada pela Lei nº 11.719/08, estabelece que o processo se completa com a citação. Traz, por conseguinte, uma importante consequência prática nos procedimentos em que, se tem antes da citação, uma notificação para o inculpadado se manifestar sobre a acusação. É o que acontece, por exemplo, na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), e no próprio Caderno Processual Penal (art. 514). Nesses casos, a mera notificação do acusado não completa a formação do processo. Pois, de acordo com a redação atual, exige-se a citação após o recebimento da exordial. Logo, caso após a notificação, não se obtenha êxito com a citação pessoal, impõe-se o chamamento editalício. Nesse caso, a suspensão do prazo prescricional (desde que o réu não compareça e, tampouco constitua advogado), prevista no art. 366, do CPP, será contada a partir da citação e não da notificação (GOMES; SANCHES; PINTO, 2008, p.321).

Perfilha-se, neste bosquejo, a corrente majoritária. Recebida a denúncia ou queixa, se não for o caso de rejeitá-la, tem-se o início do processo penal, nos casos da ação penal de conhecimento condenatória. Completa-se a sua formação quando, realizada a citação do acusado, pode desenvolver-se regularmente. Forma-se, assim, a relação angular que instala em um ponto a acusação, noutra o juiz, a quem o pedido é endereçado e, por último, o imputado, que, citado, passa a compô-la.

3 Espécies de Ação Penal

A mais difundida classificação das ações penais leva em consideração a titularidade do direito de ação. Nessa senda, subdividem-se em ações penais públicas e ações penais privadas. Ressalta Denilson Feitosa (2008, p.232) que: “toda ação penal condenatória, seja pública ou privada, é pública, no sentido de ser um poder ou direito de natureza pública”. A adjetivação pública ou privada, entretanto, na expressão ação penal, significa que a iniciativa dessa ação é de um órgão público ou do próprio particular ofendido, seu representante legal e, em caso de morte ou declaração de ausência, dos seus sucessores elencados no art. 31, do CPP.

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, que a titularidade exclusiva das ações penais públicas é do Ministério Público, não mais havendo as ações penais instauradas por portaria da autoridade policial ou judicial. Dividem-se tais ações, em pública incondicionada, regra no direito brasileiro, ou condicionadas à representação ou à requisição do Ministro da Justiça (condições de procedibilidade).

As ações penais privadas são titularizadas pelo ofendido ou seu representante legal, podem ser: principais ou exclusivas, subsidiárias e personalíssimas. Já se tornou clássica a afirmação de que “os casos de ação privada compreendem em regra, aquelas hipóteses nas quais o bem jurídico lesado é personalíssimo ou de interesse preponderantemente individual ou nos quais o *strepitus fori* poderia ser mais prejudicial do que o próprio delito” (MEZZOMO, 2006, p.13). Tal ilação é expungida por Eugênio Pacelli (2008, p.123), em sinopse, por dois motivos:

Em primeiro lugar, porque, diante da natureza fragmentária e subsidiária do Direito Penal, não há como aceitar a existência de qualquer norma penal incriminadora que não tenha por objeto a tutela de bens e valores cuja proteção seja efetivamente exigida pela comunidade, isto

é, que não se dirija a condutas socialmente reprováveis ou reprovadas. Assim, somente em razão da existência do tipo penal já se evidencia o interesse público configurador da reprovabilidade da conduta.

Em segundo lugar, porque a intervenção do Direito Penal somente se legitima enquanto *ultima ratio*, ou seja, quando insuficientes quaisquer outras formas de intervenção estatal no controle das ações nocivas ao corpo social e comunitário.

Apesar da brilhante construção do autor supracitado, continua prevalecendo o critério clássico para justificar a existência da ação penal privada.

A ação penal privada subsidiária da pública terá lugar, quando, havendo uma vítima direta, o Representante do Ministério Público for inerte, não promovendo, portanto, a ação pública no prazo legalmente fixado. É cediço que o pedido de arquivamento ou de novas diligências não constituem causa para a promoção de ação subsidiária, por não se caracterizar a inércia do Órgão Oficial.

Primando este trabalho pela análise da rejeição da denúncia à luz da Reforma Processual exhaustivamente referida, não houve lugar para pormenorizações das características de todas as espécies de ação penal. Imperiosa, por conseguinte, a limitação ao necessário.

4 Condições da ação

Estabelecido, quase absolutamente, o monopólio da função jurisdicional e vedada, ressalvados raros casos de autotutela, a resolução unilateral dos conflitos, o Estado passou a ser o devedor da atuação jurisdicional. Assim, sempre que provocado, aplicará imperativamente o direito. Em matéria penal essa característica monopolista sobressai, uma vez que, o direito de punir é exclusivo do Estado. Violada a norma penal, nasce a pretensão punitiva daquele, que somente pode ser concretizada através da ação penal condenatória. Portanto, a ação penal

é o direito público subjetivo a um provimento do órgão jurisdicional sobre a pretensão punitiva (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2008, p.275).

A ação, portanto, é um direito exercido em face do Estado, que, uma vez realizado, não há como retroceder. Procedente ou improcedente é o pedido, nunca a ação (OLIVEIRA, 2008, p.84).

As condições da ação se apresentam como requisitos necessários a uma resposta jurisdicional de mérito. No lapidar escólio de Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p.91):

As conhecidas condições da ação constituiriam-se em determinados condicionamentos ao exercício da provocação do poder jurisdicional, cujo desatendimento não impediria o direito à jurisdição ou ao processo, ou seja, o direito de obter qualquer pronunciamento dos órgãos jurisdicionais, mas, sim, ao julgamento da pretensão de direito material a ela apresentada, isto é, ao julgamento do mérito.

Seguindo a trilha do mais fulgurante processualista penal pátrio da atualidade, Pacelli de Oliveira (2008, p.91), por mérito, na ação penal condenatória, há de entender-se: a)- a existência de um fato (materialidade); b)- ser este fato imputável ao acusado (autoria); c)- constituir este fato uma ação típica, ilícita e culpável; e, por fim, d)- não se encontrar extinta a punibilidade.

No Direito Processual Penal pátrio, as condições da ação têm contornos próprios. Constituem-se em: possibilidade jurídica do pedido; legitimidade; interesse de agir e justa causa.

Além dessas, uma boa parcela dos estudiosos acrescenta as condições específicas, somente exigidas pela lei, em determinados casos, como por exemplo, a representação do ofendido; a requisição do Ministro da Justiça; a sentença anulatória de casamento, no crime de induzimento a erro ao matrimônio, entre outras.

4.1 Interesse de agir

O interesse de agir é tradicionalmente dividido no trinômio: necessidade- adequação-utilidade. Em matéria de processo penal deve ser feita uma diferenciação entre as ações penais condenatórias, das não condenatórias. Tratando-se das primeiras, o interesse-necessidade está intimamente ligado ao princípio do *nulla poena sine iudicio*. Por ser o Estado o titular exclusivo do direito de punir, sempre haverá necessidade da movimentação do aparelho judiciário. Afinal, realizar a justiça com as próprias mãos caracteriza infração penal (art. 345, do CP). Por isso, se afirma ser presumido o interesse.

Quanto às ações não-condenatórias, Eugênio Pacelli (2008, p.91) admite que a estas, se possa dar a conotação trazida pela Teoria Geral do Processo, qual seja, a necessidade da escolha jurisdicional para a composição do conflito.

No que pertine ao interesse-utilidade, não há consenso entre os estudiosos. Alguns o identificam como a possibilidade, ainda que remota, da realização do *ius puniendi* estatal, com aplicação da sanção penal adequada. Se a punição não é mais viável, a ação passa a ser absolutamente inútil (ANTONNI; TÁVORA, 2008, p.119).

No mesmo sentido é a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p.92), que ressalta deslocar-se para o interesse de agir, no âmbito específico do processo penal, a preocupação com a efetividade do processo. Desse modo, é possível afirmar que este, como instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade, de satisfação futura da pretensão que informa seu conteúdo. Acrescenta, ainda, o festejado autor, que é possível se inferir nos próprios autos do procedimento de investigação, quanto à impossibilidade fática de imposição de uma pena em grau superior ao mínimo legal, que seria atingida pela prescrição retroativa, tornando a atividade processual inútil.

é o direito público subjetivo a um provimento do órgão jurisdicional sobre a pretensão punitiva (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2008, p.275).

A ação, portanto, é um direito exercido em face do Estado, que, uma vez realizado, não há como retroceder. Procedente ou improcedente é o pedido, nunca a ação (OLIVEIRA, 2008, p.84).

As condições da ação se apresentam como requisitos necessários a uma resposta jurisdicional de mérito. No lapidar escólio de Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p.91):

As conhecidas condições da ação constituiriam-se em determinados condicionamentos ao exercício da provocação do poder jurisdicional, cujo desatendimento não impediria o direito à jurisdição ou ao processo, ou seja, o direito de obter qualquer pronunciamento dos órgãos jurisdicionais, mas, sim, ao julgamento da pretensão de direito material a ela apresentada, isto é, ao julgamento do mérito.

Seguindo a trilha do mais fulgurante processualista penal pátrio da atualidade, Pacelli de Oliveira (2008, p.91), por mérito, na ação penal condenatória, há de entender-se: a)- a existência de um fato (materialidade); b)- ser este fato imputável ao acusado (autoria); c)- constituir este fato uma ação típica, ilícita e culpável; e, por fim, d)- não se encontrar extinta a punibilidade.

No Direito Processual Penal pátrio, as condições da ação têm contornos próprios. Constituem-se em: possibilidade jurídica do pedido; legitimidade; interesse de agir e justa causa.

Além dessas, uma boa parcela dos estudiosos acrescenta as condições específicas, somente exigidas pela lei, em determinados casos, como por exemplo, a representação do ofendido; a requisição do Ministro da Justiça; a sentença anulatória de casamento, no crime de induzimento a erro ao matrimônio, entre outras.

4.1 Interesse de agir

O interesse de agir é tradicionalmente dividido no trinômio: necessidade- adequação-utilidade. Em matéria de processo penal deve ser feita uma diferenciação entre as ações penais condenatórias, das não condenatórias. Tratando-se das primeiras, o interesse-necessidade está intimamente ligado ao princípio do *nulla poena sine iudicio*. Por ser o Estado o titular exclusivo do direito de punir, sempre haverá necessidade da movimentação do aparelho judiciário. Afinal, realizar a justiça com as próprias mãos caracteriza infração penal (art. 345, do CP). Por isso, se afirma ser presumido o interesse.

Quanto às ações não-condenatórias, Eugênio Pacelli (2008, p.91) admite que a estas, se possa dar a conotação trazida pela Teoria Geral do Processo, qual seja, a necessidade da escolha jurisdicional para a composição do conflito.

No que pertine ao interesse-utilidade, não há consenso entre os estudiosos. Alguns o identificam como a possibilidade, ainda que remota, da realização do *ius puniendi* estatal, com aplicação da sanção penal adequada. Se a punição não é mais viável, a ação passa a ser absolutamente inútil (ANTONNI; TÁVORA, 2008, p.119).

No mesmo sentido é a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p.92), que ressalta deslocar-se para o interesse de agir, no âmbito específico do processo penal, a preocupação com a efetividade do processo. Desse modo, é possível afirmar que este, como instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade, de satisfação futura da pretensão que informa seu conteúdo. Acrescenta, ainda, o festejado autor, que é possível se inferir nos próprios autos do procedimento de investigação, quanto à impossibilidade fática de imposição de uma pena em grau superior ao mínimo legal, que seria atingida pela prescrição retroativa, tornando a atividade processual inútil.

Ouso dissentir de tal entendimento. Em primeiro lugar, pelo fato de as peças de informação não serem suficientemente instruídas a permitir um juízo sobre a pena justa. Além do mais, ao longo da instrução processual, outras provas podem surgir, alterando o panorama inicial. Ora agravando a situação do increpado, ora afastando a própria culpabilidade deste, que seria, então, merecedor de uma sentença absolutória. Em segundo lugar, a prescrição é matéria que diz respeito ao mérito e, ao que parece, tal posicionamento foi agasalhado pela Reforma Processual (Lei nº 11.719/08), pois passou a ser causa de absolvição sumária, conforme a diretriz traçada pelo art. 397, do CPP.

O interesse-utilidade deve ser apreciado de acordo com o descrito embrionariamente na inicial acusatória, sob os auspícios da **teoria da asserção**. Se o fato delituoso não estiver prescrito, não há que se falar em falta de utilidade da ação penal, uma vez que o direito de punir do Estado ainda não está fulminado. Ademais, a prescrição da pena ideal não tem fundamento jurídico, seu reconhecimento afronta o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Pelo acima explicitado, adoto o posicionamento daqueles que entendem ser o interesse de agir, presumido, em caso de ação penal condenatória. Marcellus Polastri Lima (2006, p.184) vislumbra a falta de interesse de agir, quando, em sede de Juizado Especial Criminal (Lei nº 9.099/95), se obtiver a conciliação ou a transação penal, pois, nesse caso, o objetivo estatal já teria sido alcançado.

No que se relaciona ao interesse-adequação, entendido como o ajustamento do provimento judicial requerido à solução do conflito subjacente ao pedido, tal ilação não se adéqua às ações penais condenatórias, pois o pedido é genérico. Diferente não é a lição de Eugênio Pacelli, ao obterar:

Percebe-se, porém, que, ao menos no processo penal condenatório a aventada adequação não ostenta qualquer utilidade, dado que, ainda que o pedido de imposição de determinada sanção não corresponda efetivamente àquela prevista na cominação legal pertinente ao fato imputado ao agente, nada impede o recebimento da denúncia ou queixa e o regular processamento do feito.

Quanto às ações penais não-condenatórias, pode-se vislumbrar alguma utilidade, uma vez que, por exemplo, faltaria interesse em se impetrar habeas corpus em caso de delito apenado exclusivamente com multa. O instrumento adequado seria o mandado de segurança em matéria criminal.

Entendo que, também, haverá falta de interesse sempre que faltar uma condição de procedibilidade, entre elas, podem ser citadas as seguintes: a representação da vítima ou a requisição do Ministro da Justiça; homologação do laudo de exame de corpo de delito, nos crimes contra a propriedade imaterial; licença da Assembleia Legislativa para processar governador de Estado-membro; finalização do procedimento administrativo para apuração do débito tributário, nos crimes contra a ordem tributária.

4.2 Possibilidade jurídica do pedido

Consoante planteia Afrânio Silva Jardim (2001, p. 32): “a possibilidade jurídica diz respeito à possibilidade de o juiz pronunciar, em tese, a decisão invocada pelo autor, tendo em vista o que dispõe a ordem jurídica de forma abstrata”.

Além desse aspecto ressaltado pelo professor fluminense, os cultores do processo penal trazem outro: o fato narrado na petição inicial deve ser típico (RANGEL, 2007, p.252).

Nesse diapasão, possibilidade jurídica quer dizer: o fato narrado na petição inicial deve ser, ao menos, aparentemente típico.

Não obstante a douta opinião acima esposada, entende Guilherme Nucci (2008, p.710) que, com a Reforma Processual, a aferição da tipicidade pode ser constatada em dois momentos distintos. Primeiro: quando o fato não se encaixa em qualquer tipo penal abstrato, desde o princípio, trata-se de impossibilidade jurídica do pedido. Segundo: quando, em tese, o fato se amolda à lei penal, porém se constata durante a instrução que é atípico, profere-se uma decisão de mérito. No mesmo sentido é o magistério de Marcellus Polastri Lima (2008, p.179), prelecionando que:

Pensamos que o fato da atipicidade ser prevista como causa absolutória não retira a possibilidade de seu exame *in initio litis*.

Ora, no processo penal é necessário que o fato imputado seja previsto em lei, vale dizer: que seja típico, e não se constituindo o fato narrado na queixa evidentemente crime, inexistirá, obviamente, possibilidade jurídica do pedido.

Ora, é obvio que se o fato imputado não é típico a inicial deve ser rejeitada, já que é impossível juridicamente o pedido de condenação.

Portanto, inexistirá possibilidade jurídica do pedido, sempre que o fato narrado não se enquadrar em nenhum tipo legal abstrato, pois, inapto a embasar um pedido de condenação.

4.3 Legitimidade *ad causam*

Clássica a definição de legitimidade como sendo a pertinência subjetiva da ação. Em processo penal, regra geral, deve figurar no polo ativo o Ministério Público, por ser o detentor constitucional da titularidade

da ação penal. Tal aspecto foi ressaltado pela mudança legislativa do art. 257, I, do CPP, com a redação dada pela Lei 11.719/08. Segundo Guilherme Nucci (2008, p.555), pelo fato da redação dada pela Reforma em comento haver especificado que o Ministério Público exerceria a titularidade da ação penal, de acordo com o Livro de Ritos, sedimentou-se mais um dado em prol da ilegitimidade investigatória criminal autônoma do *Parquet*. Afinal, toda a estrutura do Código de Processo Penal consagra a investigação policial para a colheita de provas pré-constituídas, a fim de instruir e formar a *opinio delicti*.

Nos crimes cuja iniciativa é privada, figurará no polo ativo a vítima ou seu representante legal. Em caso de morte ou ausência declarada judicialmente daquelas, seus sucessores processuais serão: o cônjuge, o ascendente, o descendente e o irmão.

Já no polo passivo, como solar conclusão, figura o incriminado, a quem se imputa a prática de uma infração delituosa. Em sendo o acusado pessoa jurídica, para os que assim admitem, tem sido aplicada a teoria da dupla imputação, e a ação deve ser manejada não só em face da pessoa jurídica infratora, mas também contra a pessoa física responsável pela administração daquela. Assim tem sido a diretriz adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme noticiam Nestor Távora e Rosmar Antonni (2008, p.120).

4.4 *Justa causa*

Tema dos mais controvertidos em Direito Processual Penal sempre foi a natureza jurídica e o conteúdo da justa causa. A propósito, devo assinalar que Afrânio Silva Jardim (2001, p.101) foi um dos pioneiros a afirmar, ser a justa causa uma quarta condição da ação. Outros autores afirmavam não ser uma quarta condição da ação, pois estaria inserida no contexto do interesse de agir e mesmo com as demais condições da ação (Lima, 2008, p.184).

No tocante ao conteúdo, relata Andrey Borges de Mendonça (2008, p.261) que a jurisprudência entende não haver justa causa para a ação penal, quando o fato for manifestamente atípico, quando estiver extinta a punibilidade e, especialmente, quando a imputação não vier lastreada em um mínimo suporte probatório, a demonstrar a sua viabilidade e seriedade.

Entendemos que, com a nova disciplina legal, para evitar qualquer confusão de conceitos, a justa causa deve ser entendida como um lastro probatório mínimo a embasar a acusação. A ausência de tipicidade, aferida ao longo da instrução, está relacionada ao mérito, dando azo à absolvição sumária. O mesmo destino terá a matéria pertinente à extinção da punibilidade. A justa causa, inserida como causa de rejeição da denúncia, passa a ser a barreira anteposta às acusações destituídas de seriedade. Se os autos do inquérito policial ou peças de informação não fornecerem elementos de convicção sérios a amparar a denúncia, esta deverá ser, desde logo, rejeitada. É a consagração do princípio da presunção de inocência, na fase inicial do processo.

No mesmo sentido parece ser a impressão de Eugênio Pacelli de Oliveira, ao afirmar:

A nosso ver, a questão de se exigir lastro probatório mínimo de prova pode ser apreciada também sob a perspectiva do direito a ampla defesa. Com efeito, exigir do Estado, por meio do órgão da acusação, ou do particular, na ação penal privada, que a imputação feita na inicial demonstre, de plano, a pertinência do pedido, aferível pela correspondência e adequação entre os fatos narrados e a respectiva justificativa indiciária (prova mínima, colhida ou declinada), nada mais é que ampliar, na exata medida do preceito constitucional do art. 5º, LV, da CF, o campo em que irá se desenvolver a defesa do acusado, já ciente, então, do caminho percorrido na formação da *opinio delicti*.

Quanto à natureza jurídica da justa causa, a Reforma não definiu se seria uma condição da ação ou outro instituto qualquer. Prevalece a ilação, de ser, uma quarta condição da ação.

5 Requisitos formais da inicial acusatória

A denúncia, como é cediço, é a petição inicial formulada pelo *Parquet* nos crimes de ação penal pública. A queixa-crime é a exordial elaborada pela vítima, através de advogado, caso não tenha habilitação, contra o agente do fato delituoso, nas ações de iniciativa privada.

Os requisitos formais e elementos da denúncia ou da queixa estão embasados no art. 41 do Código Processo Penal, a saber: a)- exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias; b)- qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-los; c)- classificação do crime; d)- rol de testemunhas, além de outros exigidos pela doutrina, como endereçamento ao juízo competente, assinatura do membro do Ministério Público ou do advogado do querelante (munido de procuração com poderes especiais – art. 44 do CPP), pedido de condenação e redação em vernáculo. Esses requisitos existem devido à garantia do devido processo legal, que pressupõe uma imputação acusatória certa, clara e precisa, permitindo que o réu, conhecendo perfeita e esmiuçadamente a proposta acusatória, possa exercer com plenitude, seu direito de defesa.

Segundo o magistério de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 217), a exposição do fato criminoso com todas as circunstâncias diz respeito à narração do tipo básico (figura fundamental do delito) e do tipo derivado (circunstâncias que envolvem o delito na forma de qualificadoras e causas de aumento). É dever do Órgão Acusatório promover uma imputação clara, precisa e completa, pois em processo penal o acusado se defende dos fatos que lhe são imputados. Inicial

acusatória com descrição fática cambaleante ou deficitária atenta contra o próprio direito de defesa, devendo ser rejeitada. Caso recebida, acarreta nulidade do feito. É inadmissível a aceitação da denúncia genérica, bem como da chamada imputação alternativa, propostas por Afrânio Silva Jardim (2001, p. 149). Só existirá efetiva defesa em processo penal, se o inculpadado souber com certeza de qual imputação se defende. Caso o quadro probatório trazido pelo inquérito policial ou outras peças de informação sejam deficitários, que se requeiram novas diligências para consubstanciar a justa causa para a ação penal. Tal aspecto ficou ainda mais evidenciado pela Reforma Processual em comento, conforme se demonstrará no próximo tópico.

No que tange à qualificação do inculpadado, normalmente, isso só é possível com o registro na preambular, de: seu nome, filiação, data de nascimento, número de identificação civil, entre outros. Entretanto, lícito é admitir, que os dados referentes ao inculpadado, sejam incertos ou incompletos. Em tais casos, bastará a identificação física dele, o que se pode obter, não só pela leitura de seu fenótipo, bem como, através de outros dados que permitam individualizá-lo.

A classificação do crime diz respeito à tipicidade ou à definição jurídica do fato. É obrigatória na inicial apresentada, não bastando a mera referência à denominação do crime. Além do mais, é de rigor, a indicação do artigo de lei aplicável ao caso concreto. Trata-se, enfim, da visão do membro do Ministério Público acerca do enquadramento legal da conduta e bem assim, de sua tipicidade. A classificação errônea do crime não acarreta, geralmente, problema para o recebimento da denúncia ou da queixa. Trata-se de um juízo do Órgão Acusatório, que não vincula nem o juiz, nem a defesa. Tendo em vista, repita-se, que o inculpadado se defende dos fatos alegados, pode o defensor requerer ao magistrado o reconhecimento de outra tipicidade, o mesmo podendo fazer o juiz, de ofício, ao término da instrução, nos termos do art. 383, do CPP (NUCCI, 2008, p.218).

É majoritário o entendimento de que, mesmo discordando da capitulação legal apresentada, o magistrado não poderá alterá-la no momento em que receber a exordial. Pois, se assim proceder, estará se intrometendo arbitrariamente na atribuição legal do *Parquet*.

No que tange ao rol de testemunhas, este é facultativo. Porém, deverá ser apresentado concomitantemente à petição inicial, sob pena de se operar a preclusão.

A falta desses requisitos formais poderá levar, entre outros casos, à rejeição da inicial acusatória, cujas hipóteses serão examinadas no tópico seguinte.

6 Rejeição da denúncia

Antes de sopesar os casos de rejeição da denúncia, impõe-se a fixação do momento processual em que ocorre. É inegável que o processo penal, por si só, já atinge o *status dignitatis*, razão pela qual, o legislador estabeleceu a possibilidade de rejeição da denúncia, mesmo antes da citação do acusado, quando o processo ainda não foi integralizado. Funcionando, desse modo, como um verdadeiro filtro daquelas acusações em que não há maior viabilidade e seriedade, evitando-se todo o procedimento criminal. Sem dúvida, a possibilidade de rejeição, ainda no nascedouro do processo, é uma consagração do princípio *favor rei* ou *favor libertatis*, pois, a ação penal não pode ser uma aventura irresponsável daquele que detém a titularidade constitucional acusatória, isto é, o Representante do Ministério Público.

Em sendo assim, dúvida não há, de que, continua aplicável o entendimento consolidado na Súmula 707 do Supremo Tribunal Federal, devendo o acriminado ser intimado para apresentar contra-razões ao recurso interposto contra a rejeição da denúncia ou da queixa, sob pena de nulidade. E mais, não será suficiente a mera nomeação de

defensor dativo, pois como noticia Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 220), mesmo antes da atual redação do art. 363, do CPP, havia o entendimento pacífico de que o processo somente se completava com a citação do inculcado.

A inicial acusatória poderá ser rejeitada, se:

a) - for manifestamente inepta (art. 395, I, do CPP). A inépcia se caracterizará pela falta dos requisitos formais desenhados no art. 41, do mesmo Estatuto Normativo citado, os quais foram objeto de análise precedente. Configura-se ainda, a inépcia da peça acusatória, quando não se prestar aos fins aos quais se destina, vale dizer, não possibilitar ao órgão julgador e à defesa, a necessária ciência sobre qual o fato imputado. Na feliz definição de Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 159), inepta é a acusação que diminui o exercício da ampla defesa, seja pela insuficiência na descrição dos fatos, seja pela ausência de identificação precisa de seus autores. A defesa precisa saber, efetivamente, do que vai se defender. Só então, poderá produzir provas e levantar argumentos contra a imputação inicial. As garantias do contraditório e da ampla defesa, no processo penal, somente serão atendidas, caso se possibilite à defesa, o conhecimento preciso sobre a imputação e suas consequências jurídico-penais. Guilherme de Souza Nucci (2008, p.706) elenca, entre outros, os seguintes casos geradores de inépcia:

a) - a descrição de fatos de maneira truncada, lacunosa; b)- a inserção de co-autores ou partícipes inexistentes na investigação policial; c)- a narrativa tendente a firmar um determinado tipo penal, mas cuja conclusão aponta para outro; d)- a menção a elemento subjetivo calcado em dolo, porém com descrição dos elementos componentes de culpa; e)- a introdução de jurisprudência ou referências doutrinárias (o réu se defende dos fatos alegados e não tem obrigação alguma de conhecer dados técnicos); f)- a descrição muito extensa, de modo a tornar incompreensível o cerne da imputação; g)- a descrição confusa e misturada de fatos típicos incriminadores diversos.

Pode-se perceber, portanto, sempre: quando a inépcia formal afrontar a ampla defesa e, o efetivo e real contraditório, a exordial acusatória deverá ser rejeitada, de modo a se privilegiar o *status dignitatis* do acusado.

b) - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal (art. 395, II, do CPP). E, como se sabe, os pressupostos processuais são: a demanda judicial (veiculada pela denúncia ou pela queixa); a jurisdição (ou seja, a competência e a imparcialidade do Juízo); a existência de partes que possam estar em Juízo (isto é, capacidade processual e de ser parte). E por fim, a originalidade (consistente na ausência de litispendência ou coisa julgada) (FUDOLI, 2008, p. 10). São estes, os requisitos necessários à existência e validade do processo, ensejando seu regular desenvolvimento.

Apregoa Guilherme Nucci (2008, p.706) que, raramente, a denúncia ou a queixa será rejeitada por ausência de pressuposto processual, uma vez que, antes disso ocorrer, busca-se a correção do erro. No entanto, se o erro for incontornável, obviamente, deverá ser rejeitada a propedêutica acusatória.

Por outro lado, as condições da ação que foram tratadas no desenvolver do tema em lindeira, são agora destacadas das questões de mérito. A anterior redação as misturava. É lição comezinha de hermenêutica jurídica, que a lei não possui palavras inúteis. Logo, pela nova nomenclatura, as condições da ação ganham contorno diferenciado. Está restrita a questões processuais, uma vez que as questões de mérito foram deslocadas para o art. 397, do CPP. Em sinopse, sustento os seguintes posicionamentos:

I) - inexistirá possibilidade jurídica do pedido, a ensejar a rejeição, sempre que o fato narrado não se encaixar em qualquer tipo penal abstrato, desde o princípio. Quando a apuração da atipicidade for efetuada durante a instrução criminal, trata-se de questão de mérito, a

ser resolvida pelo que dispõe o art. 397, do CPP, possibilitando sentença de absolvição sumária.

II) - deverá ser rejeitada a inicial acusatória, por falta de interesse de agir, sempre que faltar: a)- condição de procedibilidade, como a representação da vítima ou a requisição do Ministro da Justiça; a homologação do laudo de exame de corpo de delito, nos crimes contra a propriedade imaterial; a licença da Assembleia Legislativa para processar o governador de Estado-Membro; a finalização do procedimento administrativo para apuração do débito tributário, nos crimes contra a ordem tributária; b)- quando, em sede de Juizado Especial Criminal (Lei 9.099/95), se obtiver a conciliação ou a transação penal. Pois em tal caso, o objetivo estatal fora alcançado; c)- Nas ações penais não-condenatórias, sempre que o provimento pretendido não for o adequado. Refuto, como consectário, a prescrição virtual, como sendo, falta de interesse de agir.

III) - verificando-se que a titularidade da ação penal não pertence a quem ingressa em juízo, ou que o acriminado não é a pessoa que deva sofrer imputação, deverá o juiz proferir decisão rejeitando a denúncia ou a queixa.

A correção do antigo defeito, no qual o legislador de antão cometera, ao tentar distinguir as questões de mérito das processuais, é, na atualidade, com efeito, um reforço à liberdade e respeito ao *status dignitatis*, uma vez que, pela nova sistemática, tornou-se mais fácil a identificação de uma acusação leviana.

c) - faltar justa causa para o exercício da ação penal (art. 395, III, do CPP): a justa causa, ou seja, o lastro probatório mínimo que torna idônea a acusação, é o ápice da Reforma. Guilherme Nucci (2008, p. 703) chega a defender que o ideal seria ter reduzir o quadro de rejeição, tão somente, à falta de justa causa. Não vou a tanto, pois vislumbro que a enumeração legal teve o condão de separar, de uma vez por todas, as

questões de mérito, das processuais. Afasta-se, em tal sentido, quaisquer dúvidas.

A previsão expressa da justa causa, como hipótese de rejeição da denúncia, é o coroamento do princípio constitucional da **presunção de inocência**. Trata-se de verdadeira garantia à tutela da liberdade individual. Entre seus postulados, está a atribuição do ônus da prova, recaindo tal encargo sobre àquele que tem a obrigação de produzir um mínimo de provas lícitas, a embasar acusação formal em juízo. Por conseguinte, agora, por força da nova redação, é necessário, que se demonstre, *ab initio*, a viabilidade mínima da acusação, pois, do contrário, deve prevalecer incólume o *status dignitatis*, da pessoa alvo da imputação.

Ouso ainda afirmar que, a Reforma trouxe uma verdadeira mudança de paradigma. Antes, recebia-se a denúncia, até mesmo sem o mínimo de provas. E, somente se fosse o caso, ao final, o acusado seria absolvido por tal motivo, ou seja, por insuficiência daquelas. Prevalecia, conseqüentemente, o entendimento de que, na fase do recebimento da denúncia vigorava o *in dubio pro societatis*. Porém, pela exegese do novo texto legal, filio-me aos que entendem que passou a vigorar o princípio do *in dubio pro reo*. Não há dúvida que, doravante, sem um lastro mínimo de prova da autoria e da materialidade, a acusação será considerada infundada e, portanto, destituída de seriedade, devendo ser rejeitada. Perfeita, nesse ponto, as lições de Rosmar Antonni e Nestor Távora (2008, p. 154), sustentando ser um despautério deflagrar a ação penal, invocando-se o brocardo *in dubio pro societatis*, para depois se realizar a absolvição. A fragilidade probatória pode ser de tal ordem gritante, que o início do processo em si mesmo representaria ilegalidade manifesta. O Estado brasileiro saiu da era de um Estado policial, para aquela do tempo da prevalência constitucional da presunção de inocência. Logo, não mais se perderá tempo com inutilidades. É o estabelecimento, com efeito, do **princípio da insignificância processual**, *inutilia truat*.

ser resolvida pelo que dispõe o art. 397, do CPP, possibilitando sentença de absolvição sumária.

II) - deverá ser rejeitada a inicial acusatória, por falta de interesse de agir, sempre que faltar: a)- condição de procedibilidade, como a representação da vítima ou a requisição do Ministro da Justiça; a homologação do laudo de exame de corpo de delito, nos crimes contra a propriedade imaterial; a licença da Assembleia Legislativa para processar o governador de Estado-Membro; a finalização do procedimento administrativo para apuração do débito tributário, nos crimes contra a ordem tributária; b)- quando, em sede de Juizado Especial Criminal (Lei 9.099/95), se obtiver a conciliação ou a transação penal. Pois em tal caso, o objetivo estatal fora alcançado; c)- Nas ações penais não-condenatórias, sempre que o provimento pretendido não for o adequado. Refuto, como consectário, a prescrição virtual, como sendo, falta de interesse de agir.

III) - verificando-se que a titularidade da ação penal não pertence a quem ingressa em juízo, ou que o acriminado não é a pessoa que deva sofrer imputação, deverá o juiz proferir decisão rejeitando a denúncia ou a queixa.

A correção do antigo defeito, no qual o legislador de então cometera, ao tentar distinguir as questões de mérito das processuais, é, na atualidade, com efeito, um reforço à liberdade e respeito ao *status dignitatis*, uma vez que, pela nova sistemática, tornou-se mais fácil a identificação de uma acusação leviana.

c) - faltar justa causa para o exercício da ação penal (art. 395, III, do CPP): a justa causa, ou seja, o lastro probatório mínimo que torna idônea a acusação, é o ápice da Reforma. Guilherme Nucci (2008, p. 703) chega a defender que o ideal seria ter reduzir o quadro de rejeição, tão somente, à falta de justa causa. Não vou a tanto, pois vislumbro que a enumeração legal teve o condão de separar, de uma vez por todas, as

questões de mérito, das processuais. Afasta-se, em tal sentido, quaisquer dúvidas.

A previsão expressa da justa causa, como hipótese de rejeição da denúncia, é o coroamento do princípio constitucional da **presunção de inocência**. Trata-se de verdadeira garantia à tutela da liberdade individual. Entre seus postulados, está a atribuição do ônus da prova, recaindo tal encargo sobre aquele que tem a obrigação de produzir um mínimo de provas lícitas, a embasar acusação formal em juízo. Por conseguinte, agora, por força da nova redação, é necessário, que se demonstre, *ab initio*, a viabilidade mínima da acusação, pois, do contrário, deve prevalecer incólume o *status dignitatis*, da pessoa alvo da imputação.

Ouso ainda afirmar que, a Reforma trouxe uma verdadeira mudança de paradigma. Antes, recebia-se a denúncia, até mesmo sem o mínimo de provas. E, somente se fosse o caso, ao final, o acusado seria absolvido por tal motivo, ou seja, por insuficiência daquelas. Prevalecia, conseqüentemente, o entendimento de que, na fase do recebimento da denúncia vigorava o *in dubio pro societatis*. Porém, pela exegese do novo texto legal, filio-me aos que entendem que passou a vigorar o princípio do *in dubio pro reo*. Não há dúvida que, doravante, sem um lastro mínimo de prova da autoria e da materialidade, a acusação será considerada infundada e, portanto, destituída de seriedade, devendo ser rejeitada. Perfeita, nesse ponto, as lições de Rosmar Antonni e Nestor Távora (2008, p. 154), sustentando ser um despautério deflagrar a ação penal, invocando-se o brocardo *in dubio pro societatis*, para depois se realizar a absolvição. A fragilidade probatória pode ser de tal ordem gritante, que o início do processo em si mesmo representaria ilegalidade manifesta. O Estado brasileiro saiu da era de um Estado policial, para aquela do tempo da prevalência constitucional da presunção de inocência. Logo, não mais se perderá tempo com inutilidades. É o estabelecimento, com efeito, do **princípio da insignificância processual**, *inutilia truat*.

O Estado não deve mover seu aparato se faltar um mínimo lastro probatório, porque os custos de um processo criminal são elevados, além do que, o patrimônio social do indivíduo, não deve ser ameaçado por acusações destituídas do mínimo fundamento.

7 Conclusão

Pelo exposto, pode-se concluir que a Reforma Processual, em relação à rejeição da denúncia ou da queixa, separou definitivamente as questões de mérito, das processuais, vindo a corrigir um antigo erro de nossa legislação processual penal, que as misturava. Tornando, assim, bem mais técnico e funcional o sistema. Ademais, a alocação da falta de justa causa entre as hipóteses de rejeição da denúncia privilegia o exercício da ampla defesa e do contraditório, além de passar a ser uma verdadeira muralha de proteção do cidadão contra as acusações levianas. Com efeito, exigir um lastro probatório mínimo, para fim de se intentar a acusação, é o coroamento em nível infraconstitucional, do **princípio da presunção de inocência**, ainda no limiar do processo.

Rejection of Denounce under the Processual Revision of the Law 11.719, of 6/20/2008

Abstract

The criminal processual revision definitively separated the questions of merit of the processual ones.

One became, thus, well more technician and functionary the system.

The allocation of the joust lack cause enters the hypotheses of denounce

rejection privileges of legal defense and the contradictory, corroborated in the terms of the infraconstitucional device.

Key-words: Criminal Processual Revision. Denounce. Complaint. Rejection. Criminal Action.

Referências

- ANTONNI, Rosmar; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Método, 2008.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FEITOSA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Inovações referentes a procedimentos penais - Lei nº 11.719/2008. In: **Jus Navigandi**, Teresina, a. 12, n. 1820, 25 jun. 2008. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11429>>. Acesso em: 17 out. 2008.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. VI
- MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**. São Paulo: Método, 2008.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Elaborando a denúncia criminal. In: **Jus Navigandi**, Teresina, a. 11, n. 1241, 24 nov. 2006. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9196>. Acesso em: 17 out. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Referência deste artigo

SÁ CRUZ, Adeildo Lemos de. Rejeição da denúncia à luz da reforma processual. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 17-38, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

Desaposentação: desafios e controvérsias

Ana Virgínia Siqueira Maux Gonçalves

Advogada e Psicóloga da FAFIRE / Mestre em Psicologia Social e da Personalidade

Dilma Solange Gomes Espíndola

Advogada

Resumo

O presente estudo pretende evidenciar que o instituto da 'desaposentação' coaduna-se com o atual Ordenamento Jurídico brasileiro, à luz da lógica, da analogia, da doutrina, da jurisprudência dominante e dos princípios constitucionais que regem o sistema previdenciário. A 'desaposentação' é definida como a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral da Previdência Social, ou até mesmo no Regime Próprio dos Servidores Públicos, tendo como objetivo possibilitar a aquisição de um benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime

previdenciário. Trata-se de uma demanda que não possui previsão expressa em lei, ou seja, configura uma lacuna na legislação, razão pela qual é negada pelos órgãos administrativos, sob o argumento de violação do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. Entretanto, cada vez mais é solicitada pelos segurados já aposentados que desejam reverter esse benefício.

Palavras-chave: Direito previdenciário. Aposentadoria. Renúncia à aposentadoria. Desaposentação.

Introdução

A desaposentação é uma realidade moderna, já que vários países admitem o referido instituto. Configura importante demanda social e o seu atendimento é uma prerrogativa constitucional basilar, que é o direito ao trabalho, um dos valores fundamentais do ser humano. Desde que vinculada à melhoria das condições econômicas do segurado, somente

vem garantir a preservação dos seus direitos sociais, como o primado do trabalho, sendo sua valorização imprescindível para a ordem econômica e social do nosso país. E, consistindo prioridade de ordem social, sua meta primordial será sempre a primazia do bem-estar do indivíduo, o que é desejável e extremamente importante para toda a coletividade.

O tema é de grande relevância e interesse para o mundo jurídico, pois tem despertado muita discussão entre os estudiosos do assunto, bem como vem-se constituindo cada vez mais objeto de decisões administrativas e judiciais. Certamente, o não reconhecimento da desaposentação, indiretamente, pode influenciar e provocar desestímulo insuperável ao trabalho, em especial para os servidores que não podem acumular cargos e, já aposentados, desejam reingresso no serviço público após aprovação em concurso. Outro público alvo são os trabalhadores que optaram por uma aposentadoria proporcional por circunstâncias adversas, como é o caso dos bancários, mas que continuam a laborar, contribuindo normalmente para o regime da Previdência Social, no intuito de obter uma aposentadoria economicamente mais satisfatória.

O relevo e a discussão em torno da matéria são tamanhos que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 7.154, de 2002, apresentado pelo deputado Inaldo Leitão, visando acrescentar parágrafo único ao artigo 54 da Lei nº. 8.213, de 1991, inserindo a questão da desaposentação. É oportuno enfatizar que a jurisprudência pátria, bem como os Tribunais de Contas Estaduais e o Tribunal de Contas da União, vêm sendo invocados para manifestação sobre o tema.

Elucidamos que o método utilizado na construção do presente trabalho acadêmico foi o de 'compilação', com utilização de rica bibliografia e de orientações jurisprudenciais, que recomendamos para aqueles que desejarem se aprofundar no assunto. Finalmente, salientamos que o tema foi delimitado pelo seguinte viés: algumas considerações concernentes à desaposentação, sua instrumentalização e implicações; e a possibilidade de uma nova aposentadoria mais benéfica para o segurado.

O objetivo primordial deste artigo é oferecer aos interessados na temática proposta algumas questões para reflexão e discussão, apontando diversas situações jurídicas. Evidentemente, não há a menor pretensão em esgotar o assunto, buscamos apenas resumir e compilar informações importantes relativas aos desafios da desaposentação.

1 Renúncia à aposentadoria

Como o primeiro ato no procedimento da desaposentação é a "renúncia à aposentadoria", torna-se necessário fazer alguns comentários e conceituar a figura jurídica da renúncia, para esclarecimento do tema em estudo.

No sentido jurídico, a renúncia é um instituto de natureza eminentemente civil, de direito privado. É importante salientar que apenas os direitos de natureza civil são passíveis de renúncia, diante do caráter pessoal e, sobretudo, disponível destes, em contrário aos direitos públicos e aos de ordem pública.

Os direitos públicos têm como titular o Estado, enquanto representante de toda a coletividade, e prevalecem sobre os direitos individuais, conforme está disciplinado no ordenamento jurídico. Já os direitos de ordem pública têm o indivíduo como titular, porém a coletividade está em segundo plano como interessada e beneficiária de sua manutenção por aquele. Assim sendo, a renúncia, mesmo que em segundo plano, traria conseqüências para toda a sociedade. Como exemplos podemos citar os direitos de família 'puros', tais como o pátrio poder, a filiação, e também alguns direitos de natureza trabalhista.

Apenas o indivíduo ou os indivíduos envolvidos na relação têm interesse e são destinatários dos direitos de ordem privada. Diversamente daqueles mencionados no parágrafo antecedente, estes comportam renúncia de seus titulares e possuem caráter pessoal, não havendo inte-

vem garantir a preservação dos seus direitos sociais, como o primado do trabalho, sendo sua valorização imprescindível para a ordem econômica e social do nosso país. E, consistindo prioridade de ordem social, sua meta primordial será sempre a primazia do bem-estar do indivíduo, o que é desejável e extremamente importante para toda a coletividade.

O tema é de grande relevância e interesse para o mundo jurídico, pois tem despertado muita discussão entre os estudiosos do assunto, bem como vem-se constituindo cada vez mais objeto de decisões administrativas e judiciais. Certamente, o não reconhecimento da desaposentação, indiretamente, pode influenciar e provocar desestímulo insuperável ao trabalho, em especial para os servidores que não podem acumular cargos e, já aposentados, desejam reingresso no serviço público após aprovação em concurso. Outro público alvo são os trabalhadores que optaram por uma aposentadoria proporcional por circunstâncias adversas, como é o caso dos bancários, mas que continuam a laborar, contribuindo normalmente para o regime da Previdência Social, no intuito de obter uma aposentadoria economicamente mais satisfatória.

O relevo e a discussão em torno da matéria são tamanhos que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 7.154, de 2002, apresentado pelo deputado Inaldo Leitão, visando acrescentar parágrafo único ao artigo 54 da Lei nº. 8.213, de 1991, inserindo a questão da desaposentação. É oportuno enfatizar que a jurisprudência pátria, bem como os Tribunais de Contas Estaduais e o Tribunal de Contas da União, vêm sendo invocados para manifestação sobre o tema.

Elucidamos que o método utilizado na construção do presente trabalho acadêmico foi o de 'compilação', com utilização de rica bibliografia e de orientações jurisprudenciais, que recomendamos para aqueles que desejarem se aprofundar no assunto. Finalmente, salientamos que o tema foi delimitado pelo seguinte viés: algumas considerações concernentes à desaposentação, sua instrumentalização e implicações; e a possibilidade de uma nova aposentadoria mais benéfica para o segurado.

O objetivo primordial deste artigo é oferecer aos interessados na temática proposta algumas questões para reflexão e discussão, apontando diversas situações jurídicas. Evidentemente, não há a menor pretensão em esgotar o assunto, buscamos apenas resumir e compilar informações importantes relativas aos desafios da desaposentação.

1 Renúncia à aposentadoria

Como o primeiro ato no procedimento da desaposentação é a "renúncia à aposentadoria", torna-se necessário fazer alguns comentários e conceituar a figura jurídica da renúncia, para esclarecimento do tema em estudo.

No sentido jurídico, a renúncia é um instituto de natureza eminentemente civil, de direito privado. É importante salientar que apenas os direitos de natureza civil são passíveis de renúncia, diante do caráter pessoal e, sobretudo, disponível destes, em contrário aos direitos públicos e aos de ordem pública.

Os direitos públicos têm como titular o Estado, enquanto representante de toda a coletividade, e prevalecem sobre os direitos individuais, conforme está disciplinado no ordenamento jurídico. Já os direitos de ordem pública têm o indivíduo como titular, porém a coletividade está em segundo plano como interessada e beneficiária de sua manutenção por aquele. Assim sendo, a renúncia, mesmo que em segundo plano, traria conseqüências para toda a sociedade. Como exemplos podemos citar os direitos de família 'puros', tais como o pátrio poder, a filiação, e também alguns direitos de natureza trabalhista.

Apenas o indivíduo ou os indivíduos envolvidos na relação têm interesse e são destinatários dos direitos de ordem privada. Diversamente daqueles mencionados no parágrafo antecedente, estes comportam renúncia de seus titulares e possuem caráter pessoal, não havendo inte-

resse marcante da sociedade. Dessa forma, constitui ponto fundamental da discussão quanto à possibilidade da desaposentação a definição do direito à aposentadoria como direito público ou privado.

De Plácido e Silva (2003, p. 1201) conceitua renúncia, em sentido jurídico, como “o abandono ou a desistência do direito que se tem sobre alguma coisa. Nesta razão, a renúncia importa sempre num abandono ou numa desistência voluntária pela qual o titular de um direito deixa de usá-lo ou anuncia que não o quer utilizar.” De modo semelhante, Maria Helena Diniz (1998, p. 36) a define como “desistência de algum direito. Ato voluntário pelo qual alguém abre mão de alguma coisa ou direito próprio. Perda voluntária de um bem ou direito.”

Segundo Sílvio Venosa (2003, p. 388-389), “a renúncia é vista como uma forma de extinção de direitos sem que haja, contudo, transferência a outro titular”. De acordo com Ilídio das Neves (1996, p. 519), a renúncia é conceituada como o “efetivo abandono, de forma assumida, de um interesse pessoal protegido por lei”.

Caracteriza-se a renúncia como um ato de caráter unilateral, que consiste no abandono de um direito voluntariamente. Assim, a renúncia típica ou própria constitui-se de ato explícito e voluntário de não exercício ou abandono de um direito sem que se opere a transferência do mesmo a outrem.

2 O instituto da desaposentação

Num primeiro momento, é importante esclarecer que a desaposentação resulta de construção doutrinária e jurisprudencial. Na verdade, constitui um avanço recente em Direito Previdenciário, merecendo maiores elucidações, em virtude da escassez de discussão em torno da matéria e ainda pela ausência de regras jurídicas disciplinadoras.

Pela falta de dispositivo legal, o fenômeno da desaposentação conduz a divergências conceituais relevantes, ensejando a necessidade de análise dos diversos posicionamentos doutrinários, com o propósito de dissipar os impedimentos jurídicos provenientes do referido instituto e alcançar a solidificação do bem-estar e justiça sociais.

Afirmam Carlos Alberto de Castro e João Lazzari (2005, p. 509) que “a desaposentação é o direito do segurado ao retorno à atividade remunerada, com o desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário.”

Para uma adequada visualização do tema, os autores apresentam como exemplo a situação a seguir descrita:

Um advogado aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social que vem ser aprovado no concurso de juiz federal. Pretendendo uma futura aposentadoria como magistrado, com aproveitamento do tempo de filiação ao Regime Geral de Previdência Social, deverá renunciar ao benefício recebido pelo Instituto Nacional do Seguro Social e requerer a averbação do tempo anterior no novo regime. (CASTRO; LAZZARI, 2005, p. 509).

O objetivo primordial do referido instituto é viabilizar a aquisição de benefícios mais vantajosos no próprio regime em que se encontre o segurado ou em outro regime previdenciário. Essa circunstância concretiza-se com a continuidade laborativa do beneficiário aposentado, que permanece contribuindo após a jubilação, com o objetivo de obter novo benefício em melhores condições, considerando o novo tempo contributivo. É importante evidenciar que não se trata de cumulação de benefícios, mas sim da cessação de uma aposentadoria e conseqüentemente o início de uma outra.

Apresenta-se como pressuposto material e jurídico a possibilidade do segurado, depois de aposentado, renunciar ao benefício previsto no

regime previdenciário, para postular uma outra aposentadoria futuramente. Felipe Carvalho (2007, p. 1) esclarece que o instituto da desaposentação objetiva “uma melhor aposentadoria do cidadão para que este benefício previdenciário se aproxime, ao máximo, dos princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, refletindo o bem-estar social”.

Társis Jorge (2007, p. 8) conceitua a desaposentação como “o cancelamento de aposentadoria já concedida para contagem de tempo de contribuição posterior à aposentadoria [...] para concessão de nova aposentadoria futura, no próprio Regime Geral de Previdência Social ou em outro regime (um Regime Próprio de Previdência Social) com renda inicial superior.”

Preleciona Hamilton Coelho (2000) que a desaposentação significa “[...] a contagem do tempo de serviço vinculado à antiga aposentadoria para fins de averbação em outra atividade profissional ou mesmo para dar suporte a uma nova e mais benéfica jubilação.”

Em decorrência de tais conceitos, chega-se à conclusão de que para a doutrina tergiversa a desaposentação é vista como a desconstituição da aposentadoria com o fim de possibilitar o aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria: ora de forma ampla, considerando a sua ocorrência no mesmo ou em outro sistema previdenciário; ora de forma restrita, prevendo tal aproveitamento somente quando a nova aposentadoria ocorrer em outro regime previdenciário.

3 Ausência de previsão legal versus o princípio da legalidade

A concessão da aposentadoria é decorrente de lei¹ e depende de ato declaratório do poder público. Assim, a desconstituição daquele ato também deve ter abrigo em lei, pois não compete à Administração

¹ O vocábulo ‘lei’ aqui é empregado no sentido amplo da palavra, vez que a previsão a que fazemos menção é constitucional (artigo 7º, inciso XXIV da Constituição da República Federativa do Brasil).

exercer juízo de conveniência e oportunidade para desfazê-lo. Na atual legislação previdenciária inexistente dispositivo autorizativo para a desconstituição do ato concessivo da aposentadoria.

Uma das lições básicas do Direito Administrativo é que a Administração Pública é cercada de princípios norteadores de seus atos, dos quais não se pode afastar. Os principais deles encontram-se elencados no *caput* do artigo 37 da Carta da República. Esses princípios funcionam como mandamentos e devem ser observados para não acarretar a invalidade do ato praticado.²

Com o pós-positivismo, os princípios ganharam força, tendo participação indispensável na aplicação do Direito; deixaram de ser meros instrumentos de interpretação, passando a ser a própria forma de expressão das normas, subdivididas em regras e princípios.

Dessa forma, o impedimento à edição de ato desconstitutivo daquele que concedeu a aposentadoria decorre do princípio constitucional-administrativo da legalidade, segundo o qual o administrador público está sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, sem poder se afastar deles sob pena de praticar ato inválido. Esse princípio é considerado como diretriz básica da Administração, devendo esta se pautar por ele para a prática de todos os seus atos.

Atualmente, o Estado Democrático de Direito vive voltado para a principiologia de maneira mais acirrada que para a letra da lei, ocorrendo certa relativização do Princípio da Legalidade. Não pode o administrador ficar submisso a uma fria interpretação do texto legal, mas deve sim buscar o real sentido da norma, ou seja, a finalidade de sua existência, que é atender a um interesse coletivo ou individual, conforme o caso, desde que não viole a legislação.³

² Dispõe a Lei nº. 9.784, de 1999, que regulamenta o processo administrativo federal, em seu artigo 2º: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

³ Esse pensamento se aproxima do que a doutrina chama de concepção restritiva do princípio da legalidade,

Inexistindo norma positivada vedando a desaposeição, subsiste a permissão. Apesar de ser considerado aparentemente frágil o argumento, torna-se absolutamente indispensável que seja analisado.

4 Opiniões favoráveis

Wladimir Martinez, ao discorrer sobre os princípios previdenciários, especialmente o Princípio da Proteção à Prestação, fala sobre as regras da definitividade, afirmando ser a prestação definitiva e irreversível, igual à coisa julgada. Discute ainda sobre a regra da irrenunciabilidade, afirmando que, “da mesma forma que em relação aos salários, as prestações são irrenunciáveis, ainda que isso se oponha à autonomia da vontade” (1982, p. 105).⁴ Entretanto, defende que esta regra deve ser analisada sob a perspectiva da proteção ao segurado e da viabilidade da situação que lhe for mais favorável.

O referido doutrinador preceitua também que “a definitividade e a irreversibilidade do ato de concessão da aposentadoria têm como escopo a proteção do segurado, configuram-se como garantia técnica da prestação e, por conseguinte, garantia ao segurado” (MARTINEZ, 1982, p.).⁵ Por esta razão, devem-se entender os princípios como proteção do segurado, a serem invocados em favor, jamais contra os seus interesses, especialmente quando surge oportunidade de auferir outro benefício mais satisfatório.

segundo a qual a Administração Pública visa, em última instância, à realização do interesse público. A par dessa restrição, que impede a prática de ato contrário à lei, a Administração encontra-se livre para a consecução desse interesse público (aqui se considera a corrente que entende interesse público como sendo aquele que busca atingir os interesses coletivos e particulares). A doutrina traz ainda outras duas concepções a respeito dessa submissão da Administração Pública às leis: a concepção ampliativa e a concepção eclética.

4 Na mesma obra, o mestre Wladimir Martinez, quando trata da irrenunciabilidade das prestações, observa que esta “deve ser tomada em seus exatos termos e que assim não se confunde com a possibilidade de renúncia de prestação em favor de outra mais vantajosa”.

5 Cita como exemplo a seguinte questão: “Nos casos onde há pretensão de cancelamento da prestação por irregularidades, para garantir o contraditório e ampla defesa, salvaguardando o beneficiário quanto ao recebimento da prestação até o trânsito em julgado da questão, prevalece a presunção da regularidade do benefício e de sua definitividade e irreversibilidade até proferida decisão final.”

Expressa o mesmo pensamento Ivani Bramante, afirmando que “os direitos subjetivos postos aos cidadãos vinculados a um sistema de previdência objetivam a proteção dos interesses destes, podendo ou não ser exercidos, concluindo que os titulares de tais direitos podem ou não renunciá-los” (2001, p.). Sustenta ainda que, diante do Princípio da Legalidade previsto no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, se não existe dispositivo legal que determine a permanência da condição de aposentado, esta não pode ser exigida.

Sobre a explicação dos doutrinadores, no que se refere à pretensão irrenunciabilidade e irreversibilidade da aposentadoria, cabe a seguinte reflexão: na desaposeição o segurado não renuncia pura e simplesmente ao seu benefício; com a renúncia, sua pretensão é acumular, aproveitando o tempo de contribuição naquele regime para contagem em outro regime, com propósito de obter benefício mais favorável. Configura-se uma renúncia e uma opção ao mesmo tempo, portanto, constitui “renúncia-opção” e não apenas renúncia, é ato contínuo de opção por uma aposentadoria mais vantajosa. (BRAMANTE, 2001).

Uma outra opinião é a de André Novaes (1998), afirmando que na desaposeição não se tem renúncia à aposentadoria, mas apenas aos proventos decorrentes da mesma, permanecendo as prerrogativas do segurado intangíveis. Acrescenta o autor que ao requerer a desaposeição o segurado não está renunciando ao direito, mas exercendo a opção de suspender a aposentadoria deferida.

Convém lembrar que o segurado ao demandar a desaposeição não renuncia ao tempo de contribuição computado para a aposentadoria de que é beneficiário; pelo contrário, deseja aproveitá-lo para obtenção de jubilação mais benéfica. Também não quer voltar à atividade antes exercida, portanto, não é renúncia à aposentadoria. Configura apenas a inatividade e respectiva prestação pecuniária, pois não renuncia ao tempo de contribuição, portanto, inexistente o pressuposto da aposentadoria que quer abandonar.

5 Opiniões desfavoráveis

Os estudiosos contrários ao instituto da desaposentação prendem-se notadamente ao argumento de que, diante do caráter eminentemente alimentar, as aposentadorias por tempo de contribuição, por idade e especial seriam irrenunciáveis e irreversíveis, avocando os termos do artigo 181-B do Decreto n.º. 3.048/1999, com redação atual outorgada pelo Decreto n.º. 3.265/1999, a seguir transcrito: “Artigo 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.”⁶

Explicam ainda que a irrenunciabilidade da aposentadoria diante de sua natureza alimentar estaria plenamente amparada também pelo Código Civil Nacional – artigo 404 do Código Civil de 1916, correspondente ao artigo 1.707 do Código Civil de 2002, com a Súmula n.º. 379 do Supremo Tribunal Federal, concernentes à irrenunciabilidade dos alimentos.

Alguns respeitáveis juristas desfavoráveis à desaposentação argumentam ainda que ela não tem previsão legal, sendo necessária a implementação de normas instituidoras e disciplinadoras, devido às implicações e peculiaridades do instituto, o que impede sua aplicação em nosso contexto jurídico. Nesse diapasão invocam o Princípio da Legalidade, contido no artigo 5º, inciso II e especialmente no artigo 37, *caput* da Constituição Federal, defendendo a seguinte tese: da mesma forma que a legislação escrita não veda a desaposentação, ela não a acolhe expressamente.

Segundo André Leitão (2007, p. 236), o Princípio da Legalidade possui caráter ambivalente. Existe, por um lado, a legalidade aplicada

⁶ É oportuno enfatizar que a aposentadoria por invalidez não é tema de desaposentação, porque sua eventual revogação depende da recuperação da capacidade laborativa do segurado, sendo abstraída sua vontade. Por isso, o transcrito artigo 181-B do Decreto 3.048/99 não prevê em seu bojo essa espécie de aposentadoria.

ao particular, pela qual “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. E, por outro lado, a legalidade aplicada à administração, onde o agente administrativo somente poderá agir dentro dos contornos estabelecidos previamente pela lei, devendo-se entender o termo ‘lei’ como sendo qualquer fonte normativa procedente de superiores hierárquicos, tais como: lei escrita, regulamento, instruções normativas, etc. Portanto, o regulamento não poderia ser considerado ilegal, por ser uma extensão da lei para fins administrativos.

Afirma também que a desaposentação afronta o ato jurídico perfeito, tutelado pelo artigo 5º, inciso XXXV da Carta Política nacional. E acrescenta que o “ato concessório da aposentadoria é um ato jurídico perfeito, que pressupõe o desejo do agente de aderir a determinado plano de proteção securitária, é ato unilateral e exclusivamente voluntário” (LEITÃO, 2007, p. 236).

Esclarece ainda o autor que, após a administração conceder o benefício, se estabelece uma relação jurídica bilateral, composta de um sujeito ativo, “o beneficiário”, e um sujeito passivo “o Instituto Nacional do Seguro Social”. Conclusa a ação, passa a existir uma relação protetiva, gerando direitos e obrigações recíprocos, portanto, não pode ser admitido que o seu desfazimento fique unicamente a critério do beneficiário. (LEITÃO, 2007, p. 236).

6 A jurisprudência dominante

O nosso próximo passo consistirá num sucinto exame da evolução jurisprudencial, destacando o crescimento e reconhecimento da possibilidade de desaposentação com certificação do tempo de contribuição, que gerou a aposentadoria renunciada, para contagem em outro regime a que o segurado se vinculou.

No Tribunal de Contas da União, é pacífica a admissão do cancelamento de aposentadoria por renúncia, em face do ingresso do segurado em outro órgão. Podemos citar, como exemplo, o Processo 007.474/1994-6 (Acórdão 885/2003; Relator Lincoln Magalhães da Rocha; ata 14/2003; sessão 06/05/2003; DOU 14/05/2003), contendo decisão que mostra, inclusive, o posicionamento reiterado do referido Tribunal nesse sentido.

Os Tribunais Regionais Federais vêm admitindo a desaposentação já há alguns anos e em decisões recentes, geralmente sem fazer ressalva quanto à devolução de valores recebidos, confirmando, assim, as decisões dos juízos monocráticos da instância *a quo* nesse sentido.

A par das decisões, constata-se que a renúncia à aposentadoria não implica renúncia ao próprio tempo de serviço que serviu de base para a concessão do benefício, pois se trata de direito incorporado ao patrimônio do trabalhador, que dele pode usufruir dentro dos limites legais.

No sentido da desnecessidade de autorização legal expressa para a desaposentação, também se manifestou o judiciário, ao expor que é perfeitamente válida a renúncia à aposentadoria, visto que se trata de um direito patrimonial de caráter disponível, inexistindo qualquer lei que vede o ato praticado pelo titular do direito, se não contraria qualquer interesse público, arrematando no sentido da impossibilidade da autarquia contrapor-se à renúncia para compelir o segurado a continuar aposentado, visto que carece de interesse. (IBRAHIM, 2005, p. 48).

Fica devidamente demonstrado que todas as decisões relacionadas em anexo estão perfeitamente compatíveis com a hermenêutica previdenciária, confrontando os preceitos jurídicos com princípios elementares de proteção social, alcançando a norma jurídica mais compatível com a realidade, pois a dinâmica da vida moderna impõe tais adaptações.

Também é digno de destaque o posicionamento do Ministro Relator Ilmar Galvão, durante o julgamento da ADI nº. 1.721-3 / DF, onde se julgava a constitucionalidade da Lei nº. 9.528/97, na parte que inclui regra no artigo 453 da Consolidação das Leis Trabalhistas criando nova hipótese de rompimento de vínculo empregatício, em razão da obtenção de aposentadoria proporcional pelo Regime Geral de Previdência Social. Durante o seu voto, o Ministro Relator deixou clara a possibilidade de desfazimento da aposentação proporcional, pois esta teria um caráter progressivo em razão da continuidade laborativa, obtendo-se novo benefício, *in casu* no próprio Regime Geral de Previdência Social. *In verbis*:

Trata-se de aposentadoria que pressupõe, como decorre de seu caráter progressivo, a manutenção, conquanto não obrigatória para o empregado, do vínculo laboral (artigo 54 c/c artigo 49 da Lei 8.213/91), com vista ao alcance do percentual máximo de cem por cento do valor do benefício pleno. Com efeito, a despedida como efeito da aposentadoria com proventos proporcionais não se mostra compatível com o direito à integralização do benefício, assegurado pela norma transcrita.⁷

Apesar da manifestação do Relator ter sido *obiter dicta*, argumento secundário dentro do Julgamento, evidencia parte da *ratio* da Corte e, ausente qualquer manifestação em contrário do Plenário, é forte indicativo de aceitação pelo Pretório Excelso do instituto da desaposentação, aqui demonstrado dentro do Regime Geral de Previdência Social. (IBRAHIM, 2005, p. 54).

Constata-se que as garantias constitucionais, dentre as quais a inviolabilidade do ato jurídico perfeito, têm como destinatário os indivíduos que delas possam usufruir em seu proveito, e configura distorção flagrante da norma constitucional qualquer tentativa de utilizá-las em sentido contrário aos interesses daqueles que são objeto de sua proteção.⁸

⁷ ADI nº. 1.721-3 / DF, Relator Min. Ilmar Galvão, julgada em 19/12/1997.

⁸ Os princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito são erigidos, pela Constituição, em garantia do indivíduo, perante o Estado, e não em sentido inverso (RE 167887/SP, Rel. Min. Octavio Galloti).

7 Breves considerações sobre o projeto de lei nº 7.154 De 2002

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 7.154, apresentado pelo deputado federal Inaldo Leitão, em 27 de agosto de 2002, que tem como objetivo alterar a Lei nº. 8.213/91, acrescentando um parágrafo único ao seu artigo 54. O novel parágrafo único traz para a referida lei, e por consequência para o arcabouço legislativo pátrio, previsão expressa do procedimento de desaposentação. Transcrevemos a seguir o Projeto de Lei em referência:

Art. 1º Fica acrescentado ao artigo 54 da Lei nº. 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, o seguinte parágrafo único:

Art. 54... Parágrafo único. As aposentadorias por tempo de contribuição e especial concedidas pela Previdência Social, na forma da lei, poderão, a qualquer tempo, ser renunciadas pelo Beneficiário, ficando assegurada a contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a concessão do benefício (NR).

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Lê-se na Justificativa:

A renúncia é ato unilateral que independe de terceiros, e, especialmente, em se tratando de manifestação de vontade declinada por pessoa na sua plena capacidade civil, referentemente a direito patrimonial disponível. Falar-se em direito adquirido ou ato jurídico perfeito, como tem sido alegado por aquele Instituto, é interpretar erroneamente a questão. Nesse caso, a garantia do direito adquirido e da existência de ato jurídico perfeito, como entendido naquele Instituto, só pode operar resultando contra o Poder Público, sendo garantia do detentor do direito.

Pelo teor do parágrafo único a ser inserido na Lei nº. 8.213/91, restará legalmente previsto o procedimento de desaposentação, concernente na faculdade do segurado deixar sua condição de aposentado, a

qualquer tempo, e no direito deste à certificação e contagem do tempo de contribuição que resultou na aposentadoria renunciada, restringindo o espectro de ocorrência para as aposentadorias por tempo de contribuição e especial.

Sendo assim, se levado adiante o projeto de lei em comento, ficando de fato implementado o acréscimo do parágrafo único ao artigo 54 da Lei nº. 8.213/91, restará por certo encerrada toda a discussão pertinente ao cabimento do instituto de desaposentação em nosso ordenamento. Entretanto, necessita a ‘novidade’ legislativa de maior regulamentação, não para o seu cabimento – o que, respeitando entendimentos contrários, já ocorre mesmo antes da alteração em referência –, mas para o aperfeiçoamento de seu procedimento.

O projeto de lei em estudo não traz qualquer referência ao procedimento administrativo de desaposentação, o que deverá constituir objeto de regulamento, contido em decreto que por certo se seguirá à lei. Entretanto, deixa o mesmo de incluir uma questão que não poderia se furtar ao seu objeto, qual seja a da devolução de ‘algo’ ao regime gestor e concessor da aposentadoria renunciada, ou, em sentido contrário, a referência expressa quanto ao não cabimento de tal devolução.

Tal omissão acarretará algumas discussões quando da aplicação da lei, como, por exemplo: a inviabilidade do procedimento de desaposentação, devido à inexistência de disposição pertinente à devolução de alguma importância ao regime concessor da aposentadoria renunciada; ou mesmo a inconstitucionalidade da lei, suscitando princípios constitucionais, tais como o do necessário equilíbrio atuarial, da igualdade e da isonomia.

8 Viabilidade financeira e atuarial

Considerando a questão do equilíbrio atuarial, o instituto da desaposentação é plenamente justificável, pois se o segurado já desfruta de benefício, jubilado dentro das regras vigentes, atuarialmente definidas, presume-se que neste momento o sistema previdenciário tenha condições de arcar com esse benefício, sem o recebimento de qualquer contribuição adicional, com base no que foi feito durante o período passado.

No entanto, caso o beneficiário continue trabalhando e contribuindo, esta nova cotização vai gerar um excedente atuarialmente imprevisto, que certamente poderia ser utilizado para obtenção de novo benefício, abrindo ele mão do anterior, de modo a usar o tempo de contribuição passado. Surge daí o espírito da desaposentação, que é a renúncia de benefício anterior em prol de outro mais favorável.⁹

Da mesma maneira, caso o segurado deseje ingressar em novo regime de previdência, também não há impedimento atuarial para isso, pois o Regime Geral de Previdência Social irá deixar de efetuar os pagamentos ao segurado, vertendo os recursos acumulados ao regime próprio, mediante a compensação financeira entre os sistemas. Aqui igualmente inexistirá prejuízo ao Regime Geral de Previdência Social, pois ainda que o segurado já tenha percebido algumas parcelas do benefício, semelhante fato não terá impacto prejudicial, porque o montante acumulado será utilizado em período temporal menor, pois a expectativa de vida, obviamente, vai sendo reduzida com o transcorrer do tempo. (IBRAHIM, 2005).

A regra fundamental dos sistemas previdenciários é a contributividade do regime; ao mesmo tempo em que gera um ônus financeiro aos segurados, também produz um bônus, materializado na possibilidade

⁹ Nesta hipótese, o ideal seria prever a revisão do benefício original, em razão do novo período contributivo, à semelhança do que ocorre em diversos países, como por exemplo em Portugal e no Canadá.

de aplicar tais recursos em hipóteses diversas, nem todas mapeadas pela legislação previdenciária. Não há como a Administração Pública ignorar esta prerrogativa do segurado, que pode muito bem se desfazer de um benefício visando à transferência de seu tempo de contribuição para novo benefício mais vantajoso. (IBRAHIM, 2005).

9 Devolução dos proventos percebidos pelo segurado anteriormente à desaposentação

Uma questão polêmica que tem levantado controvérsia acerca da desaposentação é quanto ao ressarcimento das quantias recebidas em razão da aposentadoria renunciada pelo segurado, englobando todo o período em que permaneceu como beneficiário antes do pleito. Isso porque durante o tempo em que o servidor permaneceu aposentado ele recebeu dos cofres do regime de origem o valor de sua aposentadoria.

Por sua complexidade, o enfrentamento da contenda ainda está distante de pacificação, considerando os diversos posicionamentos conflitantes que dela decorrem. O Instituto Nacional do Seguro Social argumenta que a não restituição dos proventos já recebidos causa prejuízos aos demais beneficiários do sistema, rompendo com o equilíbrio financeiro e atuarial.

Admitindo a mesma linha de pensamento, Wladimir Martinez (2003a, p. 765) afirma ser favorável ao pleito de desaposentação, desde que seja efetuada a devolução dos proventos que o segurado recebeu anteriormente ao aludido pleito. Defende o autor que o importante é não causar prejuízo à Administração, à comunidade e ao equilíbrio do sistema previdenciário.

Posicionamento semelhante sustenta Roberto Demo (2003), ao considerar a devolução de 'algo' pelo segurado ao regime concessor da aposentadoria renunciada. Entretanto, assevera que esse valor não

pode corresponder aos proventos aposentários recebidos, pois a aposentadoria foi concedida regularmente. Tampouco deve corresponder ao montante que um regime previdenciário deverá compensar ao outro, sob pena de que um indivíduo que tenha recebido apenas um mês de aposentadoria tenha que restituir o mesmo valor que outro que tenha usufruído benefício por dez anos, protegendo assim o equacionamento legal da questão. Preleciona ainda que a indenização por parte do segurado ao regime do qual se desvincula deve considerar duas variáveis, quais sejam, o valor da compensação previdenciária e o total recebido a título de aposentadoria.

Na esteira desse entendimento, surge o ensinamento de André Novaes (1998), considerando que a desaposentação exige necessariamente a devolução dos valores recebidos da Previdência Social, sob pena de configurar enriquecimento sem causa do servidor e prejuízo para o sistema previdenciário. Como o pagamento foi realizado com base na situação jurídica em que o servidor se encontrava, a de aposentado, uma vez desaverbado o tempo de serviço, é como se o servidor jamais tivesse reunido condições para se aposentar, por faltar-lhe requisito essencial: o tempo de serviço ou contribuição. Surge assim, para o servidor, o dever de devolver as quantias percebidas a título de aposentadoria, por operar a desaposentação efeito *ex tunc*.

Contrariamente aos entendimentos supracitados, considerando a possibilidade de que deve prevalecer a ausência de qualquer restituição, posicionam-se os autores Castro e Lazzari, que prelecionam:

É defensável o entendimento de que não há a necessidade da devolução dessas parcelas, pois, não havendo irregularidade na concessão do benefício recebido, não há o que ser restituído. Como paradigma, podemos considerar a reversão, prevista na Lei nº 8.112 de 1990, que não prevê a devolução dos proventos percebidos. (CASTRO; LAZZARI, 2005, p. 511).

Entretanto, como o sistema financeiro adotado é o de repartição simples, previsto nos regimes previdenciários públicos em nosso país, é injustificável tal desconto, pois o benefício não tem qualquer relação direta com a cotização individual, já que o custeio é realizado dentro do sistema de pacto intergeracional, onde a população atualmente ativa sustenta os benefícios dos que estão hoje inativos. Sendo admitido o desconto nesta hipótese, fatalmente o fundo acumulado do segurado poderia até mesmo alcançar cifras negativas, porque obviamente o Poder Público não aplica tais recursos objetivando o futuro, ao contrário do sistema de capitalização; utilizando-os no momento, é improvável que possa haver atualização plena do montante do segurado. Na realidade, “os mecanismos de compensação financeira entre regimes previdenciários oficiais são feitos a partir de valores arbitrados, na maioria das vezes desvinculados da real cotização do segurado” (IBRAHIM, 2005, p. 61).

10 Considerações finais

Analisando os principais aspectos da desaposentação, é inevitável concluir pela sua legitimidade. Apesar de não haver ainda em nosso ordenamento jurídico uma legislação específica que discipline o procedimento do instituto, constata-se a existência de dispositivos legais, de natureza constitucional e infraconstitucional, que o autorizam e viabilizam, conforme demonstrado neste trabalho acadêmico.

São desprovidos de fundamentos consistentes os argumentos de irrenunciabilidade e irreversibilidade da aposentadoria, que constituem garantias em favor do segurado, quando da pretensão de tolhimento do benefício pelo concessor, não podendo, portanto, ser utilizados contra o requerente, quando for dele o interesse pela desaposentação, principalmente para ganho na futura aposentadoria.

Sabe-se que o Princípio da Legalidade é a pedra de toque do Estado Democrático de Direito, e pode ser traduzido na máxima: “a Administração Pública só pode atuar conforme a lei”. No entanto, hodiernamente, vive-se no Estado Constitucional de Direito, voltado para a principiologia de maneira mais acirrada que para a letra da lei, ocorrendo certa relativização do Princípio da Legalidade como princípio superior na Administração Pública.

Parte da doutrina administrativista vem esvaziando o princípio da legalidade estrita, entendendo que os interesses particulares devem ser assegurados através de limites constitucionais. Assim, a invocação do Princípio da Legalidade em desfavor da desaposentação não tem qualquer cabimento, portanto, não há necessidade de legislação específica para viabilizar e instrumentalizar o instituto, pois existe uma variada legislação favorável, que tem possibilitado a devida apreciação dos tribunais de justiça.

A Administração Pública não poderia se eximir de atender a um interesse privado sob a alegação de ausência de lei permissiva, bastando, para tanto, que não houvesse lei proibindo o pleito. Até mesmo porque seguir o Princípio da Legalidade de maneira formalista, impedindo a desconstituição do ato que concedeu a aposentadoria, é ignorar todos os demais princípios e privilegiar um legalismo, ato inadmissível no Estado Constitucional de Direito.

O Projeto de Lei nº 7.154, de 2002, que tramita no Congresso Nacional, além de evidenciar o cabimento da desaposentação, mostra que esta encontra-se de tal forma presente na conjuntura jurídico-previdenciária que reclama uma legislação específica para o seu aperfeiçoamento. Caso venha a ser aprovado, excluirá definitivamente qualquer argumento em torno da imprevisibilidade legal do instituto em comento.

A controvérsia doutrinária e jurisprudencial a respeito do condicionamento da certificação do tempo de contribuição à devolução de determinada importância ao sistema previdenciário apresenta-se como

mais um subterfúgio daqueles que recusam admitir a desaposentação. É oportuno lembrar que as recentes decisões dos Tribunais têm sido favoráveis à não restituição de valores percebidos pelos segurados. Tais decisões foram fundamentadas na falta de dispositivo legal expresso e no caráter alimentar do benefício previdenciário.

Até que a legislação aperfeiçoe o instituto, quanto à devolução de ‘algo’ ao regime que deverá expedir a certidão de tempo de contribuição, não se pode cogitar em devolução de valores no procedimento de desaposentação. Todavia, considerando os posicionamentos em contrário, não poderia tal devolução corresponder simplesmente a tudo o que recebeu até então o segurado, eis que recebido regularmente. Carecendo-se assim de uma determinação legislativa, não se pode ‘inventar’ uma solução para cada caso concreto, sob pena de extrapolação de atribuição funcional do executivo e do judiciário, que estariam, em procedimento administrativo e em processo judicial, respectivamente, ‘legislando’.

Frente aos argumentos expostos e com bases legais, doutrinárias e jurisprudenciais, reitera-se o cabimento da renúncia-opção à aposentadoria, caracterizada pela renúncia a esta e aos proventos decorrentes, com aproveitamento do tempo de contribuição que a viabilizou para contagem em outro regime ao qual o titular vier a se vincular. Os casos já existentes são quase exclusivamente constituídos de segurados aposentados pelo regime geral que ingressaram no serviço público através de concurso, e buscam, assim, trazer para regime próprio o tempo de contribuição já acumulado no primeiro regime, com vistas a auferir futuramente uma aposentadoria em melhores condições.

Cumprir afirmar, ainda, que a desaposentação não prejudica o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário, pois as cotizações posteriores à aquisição do benefício são atuarialmente imprevistas, não sendo levadas em consideração para fixação dos requisitos de elegibilidade do benefício.

Não obstante, deve-se aguardar o desfecho do Projeto de Lei nº 7.154, para se ter uma definição do panorama legislativo previdenciário e, por conseguinte, firmar conclusão quanto à vantagem ou não do procedimento de desaposentação, de forma geral e em cada caso concreto. Observa-se que o projeto em lume não contempla de maneira completa o instituto da desaposentação, pois somente trata da questão atinente à mudança de regime previdenciário, não dispondo acerca desta dentro de um mesmo regime, portanto, não abrange todos os campos abarcados pela desaposentação, ainda que constitua um avanço significativo.

O assunto deste trabalho é fascinante porque diz respeito a um postulado fundamental: a liberdade de escolha individual. Se o desejo livre e consciente dá início ao ato e é essencial à sua consecução, não pode ser desprezado nas cogitações sobre o desfazimento do mesmo ato, por parte do detentor do direito. Para a vontade da pessoa ser ignorada é preciso haver ato comissivo, claro e expresso, pois representa agressão à liberdade.

Disretire

Abstract

The present study intends to evidence that 'disretire' institute combines with the current Brazilian Legal System, to the logic light, of the analogy, of the doctrine, of the dominant jurisprudence and of the constitutional principles that govern the social welfare system. 'Disretire' is defined as the retirement reversion obtained on the Social General Regime welfare, or even in the Own Regime of Public Servers, having as objective to enable the acquisition of a more advantageous benefit in the same or in other social welfare

regime. It is of a demand that doesn't own expressed forecast in law, or be, configures a lacuna in the legislation, reason which is denied by the administrative organs, under the violation perfect juridical act argument and of the acquired right. However, more and more it is solicited by the held already retired that wish to revert this benefit.

Key-words: Social welfare right. Retirement. Renouncement to the retirement. 'Disretire'.

Referências

- BRAMANTE, Ivani Contini. Desaposentação e nova aposentadoria. **Revista de Previdência Social**, a. 25, n. 244, p. 150-155, mar. 2001.
- CARVALHO, Felipe Epaminondas de. **Desaposentação: uma luz no fim do túnel**. Disponível em: <<http://www.foreense.com.br/artigos/autor/FelipeCarvalho/desaposentacao.html>>. Acesso em: 09 mar. 2007.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2005.
- COELHO, Hamilton Antônio. Desaposentação: um novo instituto? **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, a. XVIII, n. 1, 2000. Disponível em: <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2000/01/-sumario?next=5>. Acesso em: 09 jul. 2007.
- DEMO, Roberto Luis Luchi. Aposentadoria, direito disponível, desaposentação, indenização ao Sistema Previdenciário. **Revista Síntese Trabalhista**, n. 163, p. 23-27, jan. 2003.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- JORGE, Tarsis Nametala. Direito adquirido e ato jurídico perfeito no Direito Previdenciário: abordagem tópica. Disponível em: <<http://www.fdc.br/artigos/direito>>. Acesso em: 12 mar. 2007.

LEITÃO, André Stuart. **Aposentadoria especial**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. Edição homenagem Prof.^a Dr.^a Nair L. Gonçalves. São Paulo: LTR, 1982.

_____. **Curso de Direito Previdenciário**: Previdência Social. 2. ed. São Paulo: LTR, 2003.

NEVES, Ilídio das. **Direito da Segurança Social**: princípios fundamentais numa análise prospectiva. Coimbra: Coimbra, 1996.

NOVAES, André Santos. Possibilidade de desaposentação. In: MARTINEZ, Wladimir Novaes (Org.). **Temas atuais de Previdência Social**. Edição homenagem a Celso Barroso Leite. São Paulo: LTR, 1998. p. 24-28.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1.

Referência deste artigo

GONÇALVES, Ana Virginia Siqueira Maux. ESPÍNDOLA, Dilma Solange Gomes. Desaposentação: desafios e controvérsias. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 39-62, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

Uma análise sobre a possibilidade da apreciação de norma constitucional por parte dos julgadores do contencioso administrativo tributário

Antonio Carlos Ferreira de Souza Júnior

Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP.

Resumo

O trabalho tem por objetivo a análise da possibilidade de os julgadores do contencioso administrativo fiscal federal deixar de aplicar ou afastar a aplicação determinada lei ao caso concreto em função da sua incompatibilidade com a constituição. O Estado passou a ter um maior papel interventivo no corpo social, cominando até o atual modelo constitucional de Estado Democrático de Direito. Isso se explica porque o ente estatal aboliu a imparcialidade nas questões econômicas e sociais, modificando o antigo modelo de Estado Liberal que não atuava nessa esfera da sociedade. Assim, o aparelho governamental passou a se inserir na sociedade, vindo a intervir acentuadamente na liberdade e propriedade dos indivíduos, atuando,

principalmente, na área econômica. Partindo dessa premissa e da concepção do Estado vinculado a juridicidade, procura-se demonstrar que argumentos contrários ao tema como: i) ofensa ao princípio da legalidade face à vinculação da administração à lei; ii) ofensa ao princípio da separação dos poderes; iii) violação a reserva de jurisdição e; iv) existência de normas infraconstitucionais impeditivas. Não resiste a uma análise histórico-sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito Processual Tributário. Processo administrativo tributário federal. Julgamento de matéria constitucional.

Introdução

O desenvolvimento econômico e o refinamento das instituições democráticas impulsionam as reformas na seara do direito público, pois não se concebe mais a idéia de um Estado apático e alheio as garantias fundamentais da

sociedade civil. A Administração Pública abandona a engessada idéia de mera aplicadora da lei e executora de políticas públicas, passando a ter papel fundamental para a concretização dos direitos fundamentais dos seus administrados, vinculando-se diretamente às diretrizes normativas da Constituição Federal.

No direito tributário, essa mudança é perceptível porque o Estado, com o propósito de arrecadar o tributo, invade a seara da liberdade patrimonial dos particulares. Entretanto, para isso, são asseguradas garantias fundamentais aos particulares, entre elas está o devido processo legal na seara administrativa. A Constituição Federal de 1988 ratificou esse entendimento ao incluir no rol dos direitos fundamentais o devido processo legal, contraditório e ampla defesa no processo administrativo.

Nesse sentido, os poderes do julgador administrativo foram consideravelmente ampliados, posto que a sua atividade não pode estar adstrita ao controle objetivo da legalidade dos atos administrativos, em virtude do papel da Administração Pública perante o Estado e as garantias fundamentais dos particulares.

Contudo, o Poder Executivo, embasado em determinada corrente doutrinária, tem afastado a ampliação dos poderes do julgador administrativo indo de encontro a todos os preceitos constitucionais sobre a matéria, como também mitigando a função do processo administrativo no Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho objetiva a análise da possibilidade dos julgadores do contencioso administrativo tributário federal deixar de aplicar ou afastar a aplicação de determinada lei ao caso concreto, em função da sua incompatibilidade com a constituição. Vale salientar que tal poder é estranho a declaração de inconstitucionalidade de lei, matéria reservada ao Poder Judiciário, mas apenas a anulação de ato normativo incompatível com a Carta Magna.

O tema em estudo está longe de ser pacífico no âmbito doutrinário¹ e

1 Sobre a possibilidade: QUEIROZ, Mary Elbe Gomes. **Do Lançamento Tributário** – Execução e Controle. São Paulo: Dialética, 1999; XAVIER, Alberto. A Questão da Apreciação da Inconstitucionalidade das Leis Pelos Órgãos Judicantes da Administração Fazendária. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 103, 2004. p. 17-44; BITTAR, Djalma. **Processo Tributário**. In: DE SANTI, Eurico Marcos Diniz (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Forense, 2005. p. 579-600; BRITO, Edvaldo. **Ampla Defesa e Competência dos Órgãos Julgadores Administrativos para Conhecer de Argumentos de Inconstitucionalidade e/ou Ilegalidade de Atos em que se Fundamentem Autuações**. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Processo Administrativo Fiscal**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 37-69; BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Curso de Processo Administrativo Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2006; JUSTEN FILHO, Marçal. **Ampla Defesa e Conhecimento de Arguições de Inconstitucionalidade e Ilegalidade no Processo Administrativo**. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 25. São Paulo, p. 68-79; MEIRELLES, Herly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994; FAJER-

jurisprudencial². Dentre os que admitem a possibilidade de o julgador administrativo afastar a aplicação do ato normativo infraconstitucional incompatível com a Constituição, existe uma corrente intermediária que condiciona o afastamento da norma ao pronunciamento dos Tribunais Superiores sobre a matéria, mesmo que em controle difuso de constitucionalidade.³

Os principais argumentos daqueles que defendem a impossibilidade da tese levantada no presente capítulo são: I) ofensa ao princípio da legalidade face à vinculação da administração à lei; II) ofensa ao princípio da separação dos poderes; III) violação a reserva de jurisdição; IV) existência de normas infraconstitucionais impeditivas.

SZTAJN, Bruno. Aplicação das Normas Constitucionais pelos Conselheiros e pela Câmara Superior de Recursos Fiscais após a Portaria MF nº 103/02. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.104, 2004. p. 18-33; FEITOSA, Celso Alves. Da Possibilidade dos Tribunais Administrativos, que Julgam Matéria Fiscal, Decidirem sobre Exação com Fundamento em norma considerada ilegítima em Oposição à Constituição Federal In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Processo Administrativo Fiscal**, São Paulo: Dialética, 1997. p. 15-36; GOMES, Luis Carlos. **O Processo Administrativo Fiscal e a Não-Aplicação de Lei ou Ato Inconstitucional**. São Paulo: MP Editora, 2007; LUSTOZA, Helton Kramer. A análise da constitucionalidade de norma tributária pelo Conselho de Contribuintes. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, n. 78, p.93-121, jan./fev. 2008. e; Ives Gandra Martins; José Augusto Delgado; Diva Malerbi; Ricardo Lobo Torres; Ricardo Mariz de Oliveira; Maria Teresa de Carcomo Lobo; Valdir de Oliveira Rocha; Antonio José da Costa; Plínio José Marafon; José Eduardo Soares de Melo; Marilene Talarico Martins Rodrigues; Yoshiaki Ichihara; Kiyoshi Harada; Moisés Akselrad; Francisco de Assis Alves; Wagner Balera; Fernando Facury Scaff; Antonio Manuel Gonçalves; Vinicius Campaile; Helenilson Cunha Pontes; Luiz Antonio Caldeira Miretti; Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho; Fernando de Oliveira Marques; Gustavo Miguez de Mello todos em. MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Em sentido contrário: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O Controle da Constitucionalidade Pelos Tribunais Administrativos no Processo Administrativo Tributário. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 75, p.12-18, 1999; MACHADO, Hugo de Brito. Aplicação de Lei Inconstitucional pela Administração. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 702, p.26-27, 1992; BOITEUX, Fernando Netto. Os Conselhos de Contribuintes e a Jurisprudência dos Tribunais Superiores. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 121, 2005. p. 55-68; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei pela autoridade administrativa de julgamento. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 98., p. 91-99 e; Hugo de Brito Machado; Francisco de Assis Praxedes; Vittorio Cassone; Edilson Carlos Fernandes; Dirceu Antonio Pastorello; Marcello Martins Motta Filho; Fátima Fernandes Rodrigues de Souza; Marco Aurélio Greco; todos em MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

2 Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal: "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."; Superior Tribunal de Justiça, REsp 23121/GO, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.10.1993, DJ 08.11.1993 p. 23521. "Ementa: LEI INCONSTITUCIONAL - PODER EXECUTIVO - NEGATIVA DE EFICACIA.O PODER EXECUTIVO DEVE NEGAR EXECUÇÃO A ATO NORMATIVO QUE LHE PAREÇA INCONSTITUCIONAL."

3 COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Processo Administrativo Tributário**. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.-182-193; MARTINS, Natanael; DI PIETRO, Juliano. A Ampla Defesa e a Inconstitucionalidade no Processo Administrativo: Limites da Portaria nº 103/2002. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 103, p. 98-117, 2004. Segundo Conselhos de Contribuintes, Acórdão 202-17655, Data da Sessão: 25/01/2007. Relator: Maria Cristina Roza da Costa. Ementa: Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins Período de apuração: 01/02/1999 a 31/10/2003 Ementa: RECEITA FINANCEIRA. A base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins é o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços, afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006. Recurso provido.

Em contrapartida, existe uma série de fundamentos que dão guarida ao nosso posicionamento como: I) garantia constitucional da ampla defesa; II) função constitucional do processo administrativo; III) segurança jurídica etc.

No deslinde deste trabalho, optamos por enfrentar um a um os principais argumentos contrários à possibilidade de o julgador administrativo afastar a aplicação de ato infraconstitucional ao caso concreto, em virtude da incompatibilidade da aludida norma com a Constituição Federal, na tentativa de desconstruir todos os argumentos aduzidos em desfavor da tese, contrapondo com os que sustentam a possibilidade da tese.

A nossa proposta não é colocar um ponto final no assunto, como bem assim estabelecer conceitos definitivos, mas somente expor nossas conclusões, incentivando uma reflexão sobre os pontos abordados neste trabalho acadêmico.

1 Vinculação da administração à lei ou ao direito? Reflexão à luz da constitucionalização do direito administrativo e a idéia da constituição como norma superior no ordenamento jurídico brasileiro⁴

Hugo de Brito Machado Segundo entende que a função do processo administrativo tributário é a de instrumentalizar o exercício da autotutela. Com isso, Administração Pública só poderá invalidar um ato administrativo no exercício da autotutela. Para ele, mesmo que o ato invalidado esteja em conformidade com os instrumentos normativos infralegais administração poderá invalidar o ato, pois foi a própria Administração, no uso do seu poder normativo, que editou os aludidos instrumentos normativos. Entretanto, se a Administração, para considerar inválido uma ato administrativo, tenha que afastar aplicação de lei ao caso concreto em virtude de sua incompatibilidade com a constituição, não se estará diante do exercício da autotutela, mas sim

4 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1147-1245.

do controle de constitucionalidade, o se que seria um afronto ao princípio da legalidade e ao princípio da separação dos poderes.⁵

Todavia, o sentido de autotutela da Administração e a aplicação do princípio da legalidade sofreram várias mudanças a partir da constitucionalização do direito. Ademais, caso fosse admitida essa restrição no exercício do conhecimento da matéria por parte do julgador administrativo, não teria razão a existência do processo administrativo nos moldes delineados pela Constituição Federal.

O curioso é que, na prática, como não poderia deixar de ser, é comum a Autoridade Administrativa afastar aplicação de lei baseada em outra lei, *vg*, prevalência de aplicação do Código Tributário Nacional a determinada lei ordinária e a restrição defendida pelo autor deixaria o processo administrativo sem cumprir os escopos constitucionais, fazendo do julgador administrativo mero aplicador da legalidade estrita.

O processo de constitucionalização do direito surgiu em meados do século XX e foi impulsionado pela crise do modelo tradicional positivista⁶. Os seguintes fatores influenciaram diretamente nesse processo: I) a rejeição da doutrina tradicional declarativista e ascensão da teoria da força normativa da constituição, onde os seus princípios e regras são positivados e possui aplicação direta, vinculando diretamente os seus destinatários⁷ e possibilitando um novo modelo interpretativo da Constituição⁸; II) aproximação entre Direito e Ética, baseada na idéia do pós-positivismo.⁹

5 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei pela autoridade administrativa de julgamento. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, p. 91-99.

6 Sobre o tema: BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica**, v. I, n. 6, set. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 jul. 2008.

7 CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit. p. 1178. Cf. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

8 Nesse sentido: "[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição." HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 13.

9 BARROSO, Op. Cit. p. 19-28.

Portanto, a noção de constitucionalização do Direito aqui abordada está ligada ao resultado da expansão das normas constitucionais, cuja essência material se difunde no sistema jurídico, com força normativa, vinculando a todos. “Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.”¹⁰

A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.¹¹

No Brasil, essa teoria foi encampada na redemocratização do Estado e influenciou diretamente a Carta Política de 1988, notadamente no modo analítico das normas constitucionais. O direito administrativo foi um dos primeiros ramos do direito a absorver essa teoria, visto que, no regime militar, a conduta dos agentes estatais foi marcada pelo autoritarismo e desrespeito aos particulares, fazendo com que o legislador constituinte inserisse um gama de dispositivos normativos direcionados a Administração, bem como a inclusão, no rol de garantias fundamentais dos particulares, várias regras e princípios. Devido a isso, a fonte material do direito administrativo é transfigurada da estrita vinculação à lei para a vinculação à Constituição e ao direito, influenciando diretamente o princípio da legalidade, conforme veremos a seguir.¹²

10 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, n. 240, p. 1-42, abr./jun.2005. Apud ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente. *Aplicação dos Postulados da Razoabilidade e da Proporcionalidade pela Administração Pública Judicante Brasileira: Limites e possibilidades do controle no âmbito da atuação vinculada*. 444f. Dissertação (Mestrado em Direito) da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2008. p. 229.

11 BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Idem, p. 29-30.

12 ALBUQUERQUE JÚNIOR, Op. Cit., p. 229-230.

Inicialmente se entendia que, em razão do princípio da legalidade, a administração não agia por autoridade própria, mas de acordo com os ditames da lei, possuindo o ato administrativo simples feição de execução objetiva da lei ao caso concreto. Com o passar do tempo, esse padrão de vinculação da administração sofreu constantes variações. Na Europa, por exemplo, devido ao Estado Liberal, o princípio da legalidade estava voltado para moldar a conduta da Administração Pública aos interesses dos particulares, onde se podia fazer tudo que não fosse defeso ou regulado pela lei (larga margem de discricionariedade), essa teoria ficou conhecida como “vinculação negativa à administração pela lei: esta operaria, com efeito, como um limite externo a uma básica liberdade de determinação.”¹³

Essa concepção foi alterada posteriormente pela doutrina da vinculação positiva da administração, consoante as lições de Adolf Merkl, onde o “princípio da legalidade da Administração opera, pois, na forma de uma cobertura legal de toda ação administrativa: só quando a Administração conta com essa cobertura legal prévia a sua atuação é legítima.”¹⁴ Esse modelo influenciou diretamente a Constituição Austríaca de 1920.

Contudo,

[...] em virtude dos fenômenos da principalização e da constitucionalização do Direito, não mais se justifica explicar as relações da Administração Pública com o ordenamento jurídico à luz da idéia de vinculação positiva à lei. É que a vinculação da Administração ao ordenamento jurídico não se restringe somente à lei formal e à regra legal veiculada, mas à totalidade sistêmica do ordenamento jurídico, que se manifesta na unidade de sentido normativo, a que Hauriou aludiu pela expressão “bloco de legalidade” (Constituição, leis, regulamentos, instruções normativas etc.) e Merkl pela locução de “princípio da juridicidade”, reservando a expressão “princípio da legalidade” apenas para referir-se ao Direito plasmado em lei formal. [sic]¹⁵

13 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução: Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p.374.

14 GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, Op. Cit. p. 374.

15 ALBUQUERQUE JÚNIOR, Op. Cit. p. 244.

A partir dos regimes democráticos, onde está presente o Estado de Direito, o aludido princípio sofreu profundas mutações. A idéia de estrita subordinação à lei é reformulada no sentido de que a subordinação será ao Direito, tal qual compreendia no dever da Administração obedecer não só a lei ordinária, mas a Constituição, ao Direito Internacional recepcionada no sistema jurídico interno, os princípios gerais do direito, os regulamentos etc. Assim, o princípio da legalidade não pode ser resumido no limite imposto ao exercício da função administrativa ou meio de assegurar a proteção dos interesses dos particulares, como foi feito alhures, mas sim, um mecanismo destinado a garantir o respeito às normas jurídicas como um todo.¹⁶

Destarte, o Poder Executivo encontra legitimidade na Constituição e na lei, “por isso a lei passa a ser também o fundamento, e não já apenas o limite, da acção administrativa”¹⁷. Essa nova concepção de legalidade influenciou bastante as constituições europeias do Século XX.

A velha compreensão de legalidade passa a dar espaço a essa nova teoria, fazendo com que a atuação da Administração Pública se faça de forma muito mais complexa, haja vista que é dever da administração agir conforme todo o ordenamento jurídico, devendo o agente encontrar o fundamento de validade para as suas decisões, no sistema jurídico como um todo.¹⁸ Doutrinariamente essa nova forma de submissão da Administração ao ordenamento jurídico é chamada de vinculação a juridicidade, ou seja, o princípio da legalidade estrita é sucedido pelo princípio da juridicidade.

A concepção da vinculação do poder administrativo à juridicidade está longe de se tornar pacífica no Brasil, pois revela uma inquietude metodológica intrínseca sobreposto a todos os órgãos encarregados do exercício da função administrativa. Os órgãos administrativos possuem a necessidade de buscar a

16 AMARAL, Diogo Freitas do. **Direito Administrativo**. Caderno destinado aos alunos do Curso de Direito 1987-1988. Lisboa: 1988. v. II, p.53-56

17 AMARAL, Op. Cit. p. 56.

18 ALBUQUERQUE JÚNIOR, Op. Cit. 245.

norma aplicável ao caso concreto dentre aquelas que oferecem sentidos antagônicos e compõe o mesmo sistema normativo.¹⁹

Essa necessidade faz com que haja uma transformação material do sentido da legalidade ocorrida no período clássico. Nessa perspectiva, a atividade cognitiva da administração na resolução de antinomias em virtude da pluralidade do sistema de direito positivo, passa a ser função para os órgãos administrativos na interpretação das próprias normas aplicáveis a sua atividade típica. Assim, “a idéia de que a Administração Pública é serva da lei, limitando-se a aplicar mecanicamente a juridicidade heterovinculativa da sua actuação, é hoje um mito desesperadamente ultrapassado”²⁰.

É abandonada a concepção de que a Administração deve aplicar cegamente a lei, limitando-se a promover meros juízos de subsunção, posto que os órgãos administrativos são responsáveis por apontar a norma aplicável a função exercida, dentre uma pluralidade de fontes até mesmo antagônicas, devendo retirar o sentido interpretativo da norma selecionada para o caso concreto e, em caso de lacuna, “indeterminação do conteúdo ou conflito normativo, eles são ainda encarregues, respectivamente de integrar a lacuna, concretizar o conceito indeterminado, solucionar antinomia ou harmonizar os princípios concorrentes.”²¹

A Administração Pública desempenha, por tudo isso, um papel activo na definição do próprio Direito que se aplica, podendo dizer-se que mesmo a juridicidade heterovinculada a que se encontra sujeita não deixa de ser “filtrada” pelos órgãos administrativos: o sentido da legalidade vinculativa da Administração Pública, acabando por ter sua aplicabilidade, a respectiva interpretação e densificação concretizadora, além da resolução dos seus conflitos normativos que suscita, determinadas pelos órgãos que destina a pautar a conduta, encontra-se mais nas mãos da própria Administração do que na vontade do legislador.

19 OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Lisboa: Almedina, 2003. p. 699-701.

20 Idem. p. 700-701

21 Idem. p. 701.

É ilusório pensar que perante uma juridicidade integrada por normas concorrentes, conflituais, indeterminadas, e principialistas a determinação dos termos da vinculação administrativa e a sua inerente subordinação repousem na vontade superior do legislador: a ideia de uma concretização subsuntiva pelos órgãos administrativos da juridicidade está definitivamente substituída por uma visão metodologicamente activa da Administração Pública na determinação do sentido da própria legalidade vinculativa.²²

Com isso, a função administrativa será complexa, pois, para desempenhar as atividades que visam o interesse público ela precisa encontrar no sistema jurídico a norma ou o conjunto de normas que pautará aquela atividade. Assim, a autotutela possui um novo sentido, “não se limitando agora à aplicação unilateral do Direito no caso concreto, compreendendo também a prévia definição do Direito que deverá ser aplicado à decisão do caso concreto.”²³

Daí, surge para o Administrador a competência de apreciar a norma posta na situação concreta de acordo com o Direito, sendo necessário um exame prévio se as aludidas normas estão de acordo com os preceitos e princípios constitucionais. Ressalte-se que essa competência não pode ser confundida com o poder de declarar a inconstitucionalidade de uma norma, matéria reservada para o Poder Judiciário.

Como dito, esse fenômeno é fruto da constitucionalização do direito, onde a vinculação à lei é transmutada para a vinculação direta à Constituição, passando a conduta administrativa a estar vinculada aos ditames constitucionais. Na Constituição Federal de 1988, que possui modelo analítico, é fácil visualizar a modificação da normatividade da lei para a normatividade da Constituição, como por exemplo: I) direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”); II) dever de zelar pela observância da Constituição e das leis (art. 23, inciso I); III) princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LV); IV) princípios que devem ser observados pela Administração Pública (art. 37) etc.²⁴

22 Idem. p. 701.

23 Idem. p. 701-702.

24 ALBUQUERQUE JÚNIOR, Op. Cit. 247-248.

Aplicabilidade direta da Constituição pode se tornar necessária nas seguintes hipóteses, notadamente pelos julgadores administrativos:

- (1) Na falta ou ausência de lei, os órgãos administrativos encontra-se adstritos a implementar e aplicar tais normas no exercício da respectiva actividade;
- (2) Mesmo existindo lei, as normas constitucionais em causa surgem como orientador imediato da interpretação, integração e aplicação de todos os actos infraconstitucionais por parte da Administração Pública, especialmente no exercício dos poderes discricionários, concretização de conceitos indeterminados ou preenchimento de clausulas gerais;
- (3) Perante lei ostensivamente violadoras de tais direitos fundamentais, a Administração Pública encontra-se vinculada a preferir a Constituição à lei, desaplicando as respectivas leis feridas de inconstitucionalidade [...], daí que se possa afirmar que as normas sobre direitos fundamentais são aplicáveis ‘contra a lei e em vez da lei’;
- (4) A violação administrativa do conteúdo essencial de um direito fundamental acarreta sempre a nulidade dos respectivos actos jurídicos, expressando uma manifestação da especial vinculatividade directa e imediata dos órgãos administrativos às normas sobre direitos fundamentais.²⁵

Dessa forma, o argumento da vinculação da administração pública a lei em razão do princípio da legalidade não há como prosperar, posto que o dever de vinculação é em relação ao Direito, esse entendido como Constituição, leis etc. e a eficácia da constituição não pode ser mitigada por norma infraconstitucional. Caso o julgador administrativo seja posto, no caso concreto, no dilema entre aplicar a lei ou a Constituição esta sempre deverá prevalecer, sob pena de ferir as garantias constitucionais dos contribuintes.

25 OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** Lisboa: Almedina, 2003. p. 741.

2 Separação dos poderes e o controle da administração

A concepção de separação dos Poderes, decorre de raízes históricas e se atribui o desenvolvimento e a divulgação dessa teoria a Montesquieu. Posteriormente esse pensamento foi incorporado nas Cartas Políticas, principalmente na Constituição norte-americana, constituindo um dos pilares da nova transformação do Estado moderno.²⁶

Originalmente, pensava-se que deveria existir diferenças entre as funções estatais, onde cada uma delas seria delegada a um órgão com estrutura orgânica autônoma. “Partindo do postulado da impossibilidade da delegação de competências e da autonomia dos Poderes, chegar-se-ia à conclusão de que o Poder Executivo nunca poderia negar-se a cumprir uma lei”.²⁷

Dessa feita, as funções inerentes ao Estado estaria distribuída simetricamente, onde a formação das normas gerais e abstratas permaneceria a cargo do Poder Legislativo; a aplicação das leis no sentido objetivo, em função da administração do Estado, estaria delegada ao Poder Executivo e; a aplicação da lei no exercício da atividade jurisdicional seria de competência do Poder Judiciário.

Não obstante, “cada um desses órgãos não exerce, de modo exclusivo, a função que nominalmente lhe corresponde, e sim tem nela a sua competência principal ou predominante”²⁸. A doutrina classifica essa distribuição de funções em típicas e atípicas.

O texto Constitucional deixa transparecer que a separação dos poderes não deve ser entendida de forma absoluta, haja vista que

[...] a atividade normativa é exercida pelo Executivo, por meio das Medidas Provisórias, pelo Judiciário, na iniciativa de lei de organização judiciária; a atividade administrativa é exercida pelos Poderes Legislativo e Judiciário,

26 BARROSO, Luis Roberto. Poder Executivo – Lei Inconstitucional – Descumprimento. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 181-182, p. 387-397, jul./dez. 1990..

27 JUSTEN FILHO, Marçal. Ampla Defesa e Conhecimento de Arguições de Inconstitucionalidade e Ilegalidade no Processo Administrativo. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 25. São Paulo: Dialética. p. 68-79.

28 BARROSO, Op. Cit. p.389-390.

como atividade de suporte de suas funções principais; e, por fim, a atividade jurisdicional é também desempenhada pelo Legislativo, no julgamento do Presidente e Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, e pelo Executivo [entenda-se atividade judicante], nos julgamentos das controvérsias decorrentes da atuação da própria administração.²⁹

Não existe, portanto, uma separação absoluta de poderes, mas a delimitação das funções estatais entre os seus órgãos independentes, até porque o poder do Estado é uno e indivisível.³⁰

Por fim, há de se consignar, que nosso ordenamento adota o sistema de freios e contrapesos, que tem por fim harmonizar os poderes, onde poderá haver limitações e moderação de atuação de ou pelo outro com o escopo de assegurar os direitos e as liberdades individuais.³¹

Portanto, a nossa concepção de separação de poderes, não permite o estabelecimento, no aspecto teórico, uma delimitação precisa entre as funções públicas, sendo inviável a constituição de uma diferenciação absoluta, em conformidade com a natureza de cada Poder. “Logo, é impossível extrair da “teoria da separação dos poderes” alguma solução para o problema enfrentado. Não é possível afirmar que a teoria impede o conhecimento pelo Executivo de arguições de inconstitucionalidade de lei.”³²

Assim, o aludido princípio encontra-se em harmonia com o princípio da ampla defesa, pois o Estado tem o dever de proceduralizar seus atos na busca da justiça social, e, sempre que agir, exercendo papel interventivo, na limitação de direitos do particular deve permitir o exercício do devido processo legal e a ampla defesa. Assim, não só pode como deve a Administração Pública Judicante, se manifestar sobre todos os argumentos argüidos pelo particular na impugnação do ato administrativo, visto que o objetivo da distinção das funções administrativa, legislativa e judicial é coibir o poder

29 ALBUQUERQUE JÚNIOR, Op. Cit. p. 288.

30 MEIRELLES, Herly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 57.

31 ALBUQUERQUE JÚNIOR, Op. Cit. p. 290.

32 JUSTEN FILHO, Op. Cit. 70-71

absoluto, mediante adoção da clássica fórmula de contenção do poder por meio do próprio poder.

Não se pode imaginar a teoria da separação dos poderes como um fim em si mesmo. Estabeleceria a maior “injuricidade” que as garantias constitucionais à cidadania fossem mitigadas sob o argumento de garantir a separação dos poderes. “Essa solução infringe o espírito da Constituição e desnatura os princípios ali inseridos. Praticar-se um verdadeiro ‘desvio de finalidade’ das garantias constitucionais”.³³

3 O “problema” da reserva de jurisdição

“Existe reserva absoluta de jurisdição ao Poder Judiciário que tem como resultado a vedação de atribuição de poderes jurisdicionais a outros órgãos como o Poder Executivo.” Esse é um dos argumentos mais usados por aqueles que entende pela impossibilidade da aplicação das normas constitucionais em detrimento de outras normas infraconstitucionais.

Não se pode negar que a função exercida pela Administração judicante, apesar de muito se assemelhar com a função jurisdicional, com ela não pode ser confundida. Acontece que a administração exerce o controle de seus atos em busca de um escopo maior, qual seja: a justiça fiscal, conforme os ditames esculpidos na Constituição Federal, isto é, não obstante ser vedado à Administração exercer a função jurisdicional, a norma maior atribuiu a esse órgão o poder-dever de exercer função judicante de controle interno dos seus atos por meio do processo administrativo, o qual está calcado no postulado da juridicidade.

Ressalte-se que o objeto de controle por parte dos órgãos administrativos, não são as leis, as quais competem o controle exclusivamente aos órgãos do Poder Judiciário, mais sim os atos administrativos, emanados da própria Administração Pública, que venham aplicar o Direito ao caso concreto. Assim,

33 JUSTEN FILHO, Op. Cit. 77.

a Administração judicante deve se pronunciar privativamente em relação “a validade do ato administrativo de lançamento em função de sua relação de conformidade ou desconformidade com o parâmetro material à luz do qual deve ser aferida, parâmetro esse genericamente designado por ‘lei’”.³⁴

Ademais, nesses casos:

[...] o vício administrativo é de *inconstitucionalidade indireta*. O ato administrativo não é *diretamente inconstitucional*, pois este vício só ocorre nos casos em que não exista a “mediação” de lei ordinária entre o ato individual e a Constituição; mas é *indiretamente inconstitucional*, porque se insinuou um vício no processo subsuntivo de aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto, vício que respeita à relação de desconformidade da lei aplicada com a Constituição.

Do que se afirmou pode concluir-se que os órgãos judicantes da Administração nada mais fazem, nos casos atrás referidos, do que proceder uma *declaração de nulidade dos atos administrativos tributários por vício de inconstitucionalidade indireta*. Assim sendo, a procedência do pedido de tal declaração, no processo administrativo, depende de uma decisão positiva de inconstitucionalidade de lei, existindo um nexo incidível entre a declaração de nulidade do ato administrativo (objeto principal do processo administrativo) e a questão de constitucionalidade da lei.³⁵

Portanto:

Tais órgãos só *controlam normas* porque devem controlar os atos que as aplicam. Por outras palavras: a apreciação da constitucionalidade das

34 XAVIER, Alberto. A Questão da Apreciação da Inconstitucionalidade das Leis Pelos Órgãos Judicantes da Administração Fazendária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 103, 2004, p. 17-44, p. 35. Nesse sentido: “A rigor, porém, a Administração não decreta a inconstitucionalidade, mas apenas exerce o poder-dever de examinar a validade da norma legal ‘in casu’. Entre simplesmente cumprir preceito legal inválido e obedecer ao primado da Constituição ao Executivo cabe o poder-dever de optar pela prevalência da legalidade. Ao final se observa que a disceptação no caso gira em derredor de um simples jogo verbal: confunde-se o regime do controle de constitucionalidade e a prerrogativa que os Colegiados se outorgam no exame da validade do preceito legal ou ato normativo em frente ao primado da Constituição, ocorrendo a decretação de inconstitucionalidade no primeiro caso e se reconhecendo pura e simplesmente, a inoperância do preceito legal.” Trechos do voto proferido por José Manoel da Silva no Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo. Apud FEITOSA, Celso Alves. Da Possibilidade dos Tribunais Administrativos, que Julgam Matéria Fiscal, Decidirem sobre Exação com Fundamento em norma considerada ilegítima em Oposição à Constituição Federal. ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Processo Administrativo Fiscal*. São Paulo: Dialética, 1997. *Processo Administrativo Fiscal*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 15-26; 26-27.

35 XAVIER, Op. Cit. p. 36.

leis é mera *questão prejudicial* em relação ao objeto da decisão, que se refere à invalidade do ato administrativo de lançamento; *questão prejudicial imprópria*, pois se acumula coma questão objeto do processo e cujo julgamento cabe ao mesmo órgão de aplicação do direito, não se desenvolvendo para outro processo ou outro órgão.³⁶

Outro ponto que deve ser abordado é que o Poder Judiciário continua competente para emitir a última palavra sobre todas as questões, haja vista que está presente no nosso ordenamento o princípio de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Assim, não caberá à Administração a última palavra, pois os particulares podem ingressar com ação no judiciário para rediscutir o caso.

Quanto a vedação da possibilidade do Poder Público ingressar em juízo para rever seus próprios atos, não implica em violação ao princípio da reserva de jurisdição conforme as valiosas lições de Alberto Xavier:

Não faria, na verdade, qualquer sentido que a Administração Pública – que já é dotada do privilégio de praticar atos imediatamente executórios – e que é, além disso, obrigada constitucionalmente a exercer imparcialmente funções de autocontrole da legalidade dos seus atos, mediante processo administrativo baseado nos princípios da ampla defesa e do contraditório, pudesse rebelar-se contra decisões definitivas dos seus próprios órgãos judicantes, ou seja, “propor um processo contra si mesmo”, *venire contra factum proprium*.³⁷

Nesse sentido:

A finalidade do Contencioso Administrativo consiste precisamente em reduzir a presença da Administração Pública em ações judiciais. O Contencioso Administrativo funciona como um filtro. A Administração não deve ir a Juízo quando o seu próprio órgão entende que razão não lhe assiste. A não ser assim, a existência desses órgãos da Administração, com função jurisdicional, resultará inútil.³⁸

36 XAVIER, **Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 87.

37 XAVIER, Alberto. A Questão da Apreciação da Inconstitucionalidade das Leis Pelos Órgãos Judicantes da Administração Fazendária. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 103, 2004. p. 17-44.

38 MACHADO, Hugo de Brito. Aplicação de Lei Inconstitucional pela Administração. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 702, p.26-27, 1992..

Diante disso, a decisão que afastar a aplicação da lei no caso concreto, em prevalência de uma norma constitucional ou em virtude da inconstitucionalidade da norma, apenas nega a sua eficácia ao caso concreto, não excluindo de posterior apreciação do Poder Judiciário nenhuma matéria, salvo no caso acima detalhado, e, portanto, não há nenhuma ofensa ao princípio da reserva de jurisdição, mas tão-somente a aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto.

Vale salientar, que o princípio da reserva de jurisdição deve ser entendido de acordo com o sistema brasileiro, que reserva a última palavra das questões ao Poder Judiciário ao contrário do que vigora em alguns ordenamentos europeus nos quais está presente a reserva absoluta de jurisdição. Caso a reserva absoluta fosse adotado no Brasil, sequer haveria a possibilidade de existência do processo administrativo.³⁹

De maneira que a aplicação das normas constitucionais pela Administração não ofende o princípio da reserva de jurisdição, pois essa reserva não é absoluta no nosso ordenamento. Isso pode ser claramente visualizado na nossa Carta Política, devido a compatibilização das garantias da ampla defesa no processo administrativo e a reserva de jurisdição.

4 Da ilegalidade e inconstitucionalidade do art. 49 E art. 34 Dos regimentos internos dos conselhos de contribuintes e da câmara superior de recursos fiscais, veiculados pela portaria nº 147/2007 do ministério da fazenda

Os Conselhos de Contribuintes, no cumprimento do seu papel de órgão responsável pelo julgamento na segunda instancia no processo administrativo tributário federal, já havia se manifestado diversas vezes no sentido da possi-

39 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed.. Coimbra: Almedina, 2003.

bilidade de se afastar a aplicação de leis ou decretos, sob o fundamento da sua incompatibilidade com a Constituição Federal.

Contudo, esse entendimento foi consolidado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais em 06 de novembro de 2001, através do acórdão CSRF/01-03.620, julgado pela 1ª Turma daquele órgão⁴⁰.

O voto vencedor, proferido pelo ilustre conselheiro Carlos Alberto Gonçalves Nunes, consignou que:

[...] não se pode negar ao contribuinte o direito de defender-se com base na Constituição do seu País sob pena de ferir o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa. Se a exigência está em desacordo com as normas constitucionais, tem o contribuinte o direito de invocá-las em sua defesa. E o Conselho de Contribuintes ao deparar-se com essa realidade tem o dever de compor o litígio em favor do contribuinte. E ao assim fazê-lo não estará julgando a lei inconstitucional, mas aplicando o Direito de que a lei é ou deve ser instrumento, e, por isso, deve ser interpretada de acordo com ele. Está-se, então, decidindo um caso concreto, posto sob julgamento, e, jamais, julgando a constitucionalidade da lei.

[...]

Portanto, negar-se conhecimento a matéria constitucional é pôr-se acima da própria Constituição, fonte de todos os poderes, e que se irradia para todos os órgãos do Estado, dando-lhes legitimidade nas ações.⁴¹

Diante disso, o Ministro da Fazenda editou a Portaria nº 103 de 23 de abril de 2002, a qual introduziu novo dispositivo no Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, contendo o aludido dispositivo a seguinte redação:

40 Acórdão nº CSRF/01-03.620: Ementa: PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA DA PARTE – MATÉRIA CONSTITUCIONAL – A jurisprudência dos Tribunais Superiores e a doutrina reconhecem que o Poder Executivo pode deixar de aplicar lei que contrarie a Constituição do País. Os Conselhos de Contribuintes, como os órgãos judicantes superiores do Poder Executivo encarregados da realização da justiça administrativa nos litígios fiscais, têm o dever de assegurar ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa, analisando e avaliando a aplicação de norma que implique violação dos princípios constitucionais estabelecidos na Lei Maior, afastando a exigência fiscal baseada em dispositivo inconstitucional.

41 Trechos do Voto vencedor proferido no Acórdão nº CSRF/01-03.620.

Art. 22A. No julgamento de recurso voluntário, de ofício ou especial, fica vedado à Câmara Superior de Recursos Fiscais afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da Resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato;

II - objeto de decisão proferida em caso concreto cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República;

III - que embasem a exigência de crédito tributário:

a) cuja constituição tenha sido dispensada por ato do Secretário da Receita Federal; ou

b) objeto de determinação, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de desistência de ação de execução fiscal.

Tal dispositivo, claramente, vedou os Conselhos de Contribuintes e a Câmara Superior de Recursos Fiscais a afastar a aplicação de leis, decretos, tratados, acordos internacionais ou qualquer ato normativo em vigor, em razão de incompatibilidade com a Constituição, só sendo possível caso haja decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal cujo efeito seja *erga omnes*. Diante disso, os Conselhos de Contribuintes foram compelidos a modificar a sua repisada jurisprudência, sendo, inclusive, editadas duas súmulas respectivamente no Primeiro e Segundo Conselhos de Contribuintes.⁴²

Curiosamente, tal vedação não se estende a possibilidade de se deixar de aplicar lei, decretos, tratados internacionais, atos normativos, com o fundamento em sua incompatibilidade com outra lei, ou seja, se acatássemos esse entendimento, haveria no sistema a primazia da lei em detrimento dos ditames

42 Cfr. Enunciado nº 2 das Súmulas do Primeiro e do Segundo Conselho de Contribuintes. "(...) Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária."

constitucionais, o que não pode ser concebido, posto que afronta a lei e a Constituição Federal.

Ademais, o aludido dispositivo normativo foi reproduzido nos artigos 49 e 34 novos Regimentos Internos dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, veiculados pela Portaria do Ministro da Fazenda nº 147 de 25 de junho de 2007, mais uma vez na contramão da doutrina e do Direito.

Aos que defendem a legalidade da Portaria, o argumento utilizado é a compatibilidade do ato normativo com o artigo 77 da Lei nº 9.430/96 e regulamentado pelo Decreto nº 2.346/97. Confira-se:

[...] a declaração de inconstitucionalidade, em caráter definitivo, cabe ao judiciário apenas.

No entanto, em que pese todos estarem submetidos ao mesmo ordenamento jurídico, o Chefe do Poder Executivo (e só ele, não os seus funcionários ou agentes) pode se negar a aplicar lei ou ato normativo que entenda inconstitucional, bem como pode determinar aos seus subordinados que assim o façam, até que o Judiciário decida, em caráter definitivo, sobre a questão.

Os Conselhos de Contribuintes, ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais, ainda que sejam órgãos de julgamento estão subordinados ao controle de legalidade exercido pelo Ministro da Fazenda; portanto, não gozam de autonomia.

[...] a interpretação sistemática conduz, necessariamente, ao entendimento de que o dever de deixar de aplicar a lei, tratado ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal só se revela à vista de autorização prévia do Secretário da Receita Federal ou do Procurador-Geral da Fazenda Nacional. [...]

[...] o procedimento previsto no Decreto n. 2.343/97 somente se destina a regulamentar, no âmbito administrativo, o reconhecimento das declarações de inconstitucionalidade. Quando o Supremo declara a *constitucionalidade* de uma norma a sua decisão é imediatamente aplicável e vincula os órgãos julgadores administrativos⁴³

43 BOITEUX, Fernando Netto. Os Conselhos de Contribuintes e a Jurisprudência dos Tribunais Superiores. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n 121, p. 55-68, 2005.

Entretanto, esse entendimento merece uma análise mais acurada por induzir o interprete a erro. O artigo 77 da Lei nº 9.430/96 dispõe sobre hipóteses em que o Poder Executivo pode deixar de constituir créditos tributários, retificá-los ou declara extintos de ofício e formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas:

Art. 77. Fica o Poder Executivo autorizado a disciplinar as hipóteses em que a administração tributária federal, relativamente aos créditos tributários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa:

I - abster-se de constituí-los;

II - retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa;

III - formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais.

Note-se que os comandos estabelecidos na norma são dirigidos exclusivamente à Administração Pública Ativa, pois, apesar de estarem na mesma posição hierárquica da Administração Judicante, possuem funções distintas. Assim, a função de lançar, rever de ofício e cobrar os créditos tributários, é exclusivamente de competência da Administração Ativa ao passo que a revisão desses atos, através do processo administrativo tributário, que se instaura mediante impugnação do contribuinte, é função da Administração Judicante.

Entretanto, o Poder Executivo ao inserir o parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 2.346/97, extrapolou o seu limite regulamentar, pois com o aludido dispositivo se pretendeu estender a eficácia da lei, que fora dirigida para a Administração ativa, para o processo administrativo tributário, razão pela qual essa extensão é incompatível com a lei a que o diploma se destinou a regulamentar:

constitucionais, o que não pode ser concebido, posto que afronta a lei e a Constituição Federal.

Ademais, o aludido dispositivo normativo foi reproduzido nos artigos 49 e 34 novos Regimentos Internos dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, veiculados pela Portaria do Ministro da Fazenda nº 147 de 25 de junho de 2007, mais uma vez na contramão da doutrina e do Direito.

Aos que defendem a legalidade da Portaria, o argumento utilizado é a compatibilidade do ato normativo com o artigo 77 da Lei nº 9.430/96 e regulamentado pelo Decreto nº 2.346/97. Confira-se:

[...] a declaração de inconstitucionalidade, em caráter definitivo, cabe ao judiciário apenas.

No entanto, em que pese todos estarem submetidos ao mesmo ordenamento jurídico, o Chefe do Poder Executivo (e só ele, não os seus funcionários ou agentes) pode se negar a aplicar lei ou ato normativo que entenda inconstitucional, bem como pode determinar aos seus subordinados que assim o façam, até que o Judiciário decida, em caráter definitivo, sobre a questão.

Os Conselhos de Contribuintes, ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais, ainda que sejam órgãos de julgamento estão subordinados ao controle de legalidade exercido pelo Ministro da Fazenda; portanto, não gozam de autonomia.

[...] a interpretação sistemática conduz, necessariamente, ao entendimento de que o dever de deixar de aplicar a lei, tratado ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal só se revela à vista de autorização prévia do Secretário da Receita Federal ou do Procurador-Geral da Fazenda Nacional. [...]

[...] o procedimento previsto no Decreto n. 2.343/97 somente se destina a regulamentar, no âmbito administrativo, o reconhecimento das declarações de inconstitucionalidade. Quando o Supremo declara a *constitucionalidade* de uma norma a sua decisão é imediatamente aplicável e vincula os órgãos julgadores administrativos⁴³

43 BOITEUX, Fernando Netto. Os Conselhos de Contribuintes e a Jurisprudência dos Tribunais Superiores. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n 121, p. 55-68, 2005.

Entretanto, esse entendimento merece uma análise mais acurada por induzir o interprete a erro. O artigo 77 da Lei nº 9.430/96 dispõe sobre hipóteses em que o Poder Executivo pode deixar de constituir créditos tributários, retificá-los ou declara extintos de ofício e formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas:

Art. 77. Fica o Poder Executivo autorizado a disciplinar as hipóteses em que a administração tributária federal, relativamente aos créditos tributários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa:

I - abster-se de constituí-los;

II - retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa;

III - formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais.

Note-se que os comandos estabelecidos na norma são dirigidos exclusivamente à Administração Pública Ativa, pois, apesar de estarem na mesma posição hierárquica da Administração Judicante, possuem funções distintas. Assim, a função de lançar, rever de ofício e cobrar os créditos tributários, é exclusivamente de competência da Administração Ativa ao passo que a revisão desses atos, através do processo administrativo tributário, que se instaura mediante impugnação do contribuinte, é função da Administração Judicante.

Entrementes, o Poder Executivo ao inserir o parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 2.346/97, extrapolou o seu limite regulamentar, pois com o aludido dispositivo se pretendeu estender a eficácia da lei, que fora dirigida para a Administração ativa, para o processo administrativo tributário, razão pela qual essa extensão é incompatível com a lei a que o diploma se destinou a regulamentar:

Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

- I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;
- II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;
- III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;
- IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Parágrafo único - Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. (grifos nossos)

Diante disso, não se pode defender que o dispositivo suscitado seja fundamento de validade para a vedação constante nos artigos 49 e 34, respectivamente dos Regimentos Internos dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, posto que o parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 2.346/97, por si só, é completamente ilegal.

Ademais, o entendimento de que a Administração Judicante está subordinada ao comando da Lei nº 9.430/96, não resiste a interpretação sistemática, pois a Lei nº 9.784/99, norma especial que regula o processo administrativo federal, é destinada exclusivamente a Administração Judicante e prevê:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito; (grifos do autor);

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

Portanto, as funções exercidas pelos julgadores do processo administrativo tributário federal devem está em conformidade com a lei e ao Direito, ou seja, a legislação infraconstitucional que regula o processo administrativo determina a submissão dos agentes a todo o ordenamento jurídico vigente e não apenas a lei em sentido estrito. É bom lembrar que a aludida norma possui um caráter geral, devendo ser aplicada pelos julgadores no âmbito do processo administrativo tributário, pois seria no mínimo paradoxal admitir a aplicação da lei e o Direito (no sentido do restante das normas infraconstitucionais do ordenamento)e negar a aplicação das normas constitucionais.⁴⁴

Chega-se a conclusão de que os artigos 49 e 34 dos Regimentos Internos dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, veiculados pela Portaria 147/2007 do Ministro da Fazenda, além de não encontrar fundamento de validade em dispositivo legal, afronta o artigo 2º da Lei nº 9.784/99, sendo completamente ilegal. Assim, não podem os julgadores administrativos, ainda que vinculados hierarquicamente ao Ministro da Fazenda, “se sujeitar a determinações manifestamente ilegais, que extrapolam os limites da competência regulamentar do Ministro da Fazenda”.⁴⁵

Por fim, a vedação imposta na aludida Portaria é inconstitucional, pois colide com o princípio da ampla defesa, tendo em vista que, a aplicação da norma infralegal impede o conhecimento pleno do julgador administrativo sobre a causa.

44 FAJERSZTAJN, Bruno. Aplicação das Normas Constitucionais pelos Conselheiros e pela Câmara Superior de Recursos Fiscais após a Portaria MF nº 103/02. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 104, 2004. p. 18-33.

45 FAJERSZTAJN, Op. Cit. p. 31.

Conclusão

O argumento da vinculação da Administração Pública à lei em razão do princípio da legalidade não há como prosperar, pois o dever de vinculação é em relação ao Direito, esse entendido como Constituição, leis etc. e a eficácia da constituição não pode ser mitigada por norma infraconstitucional. Caso o julgador administrativo seja posto, no caso concreto, no dilema entre aplicar a lei ou a Constituição esta sempre deverá prevalecer, sob pena de ferir as garantias constitucionais dos contribuintes.

O princípio da separação dos poderes, encontra-se em harmonia com o princípio da ampla defesa, visto que o Estado tem o dever de procedimentalizar seus atos na busca da justiça social, e, sempre que agir, exercendo papel interventivo, na limitação de direitos do particular deve permitir o exercício do devido processo legal e a ampla defesa. Assim, não só pode como deve a Administração Pública Judicante, se manifestar sobre todos os argumentos argüidos pelo particular na impugnação do ato administrativo.

A decisão que afastar a aplicação da lei no caso concreto, em prevalência de uma norma constitucional ou em virtude da inconstitucionalidade da norma, apenas nega a sua eficácia ao caso concreto, não excluindo de posterior apreciação do Poder Judiciário nenhuma matéria, salvo no caso em que a anulação se dá em favor do contribuinte, e, portanto, não há nenhuma ofensa ao princípio da reserva de jurisdição, mas tão-somente a aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto.

Ademais, o princípio da reserva de jurisdição deve ser entendido de acordo com o sistema brasileiro, que reserva a última palavra das questões ao Poder Judiciário ao contrário do que vigora em alguns ordenamentos europeus nos quais está presente a reserva absoluta de jurisdição. Caso a reserva absoluta fosse adotado no Brasil, sequer haveria a possibilidade de existência do processo administrativo.

Os artigos 49 e 34 dos Regimentos Internos dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, veiculados pela Portaria 147/2007 do Ministro da Fazenda, além de não encontrar fundamento de validade em dispositivo legal, afronta o artigo 2º da Lei nº 9.784/99, sendo completamente ilegal. Assim, não podem os julgadores administrativos, ainda que vinculados hierarquicamente ao Ministro da Fazenda, se submeter a ordens manifestamente ilegais, que ultrapassam os limites da competência regulamentar do Ministro da Fazenda.

Por fim, a vedação imposta na aludida Portaria é inconstitucional, pois colide com o princípio da ampla defesa, tendo em vista que, a aplicação da norma infralegal impede o conhecimento pleno do julgador administrativo sobre a causa.

Não faz sentido que o processo administrativo tributário, após todas as garantias explicitadas na Constituição Federal de 1988, continue detido aos dogmas contidos na Constituição de 1967, os quais limitavam os direitos dos contribuintes, fundamentando o seu discurso na vinculação dos agentes administrativos ao império da lei em sentido estrito, para violar os direitos dos particulares e negar apreciação adequada da matéria posta a conhecimento na via administrativa, ferindo muitas por muitas vezes, comandos expressos da própria Carta Magna, colocando em “xeque” todos os pilares de um Estado Democrático de Direito.

Analysis of the possibility of interpreting the constitution in the administrative procedure law

Abstract

The main purpose of this paper is to analyze if the judges of the federal fiscal administrative justice can choose not to apply or refuse the application of a specific law to a concrete case due to its incompatibilities with the Constitution. Throughout time, the State has acquired a more effective role in its relations with society, reaching the current democratic constitutional model of the rule of law. This can be explained by the fact that the State, recently, has abandoned impartiality in what concerns economic and social matters, stepping away from the Liberal State, which did not use to interfere in such issues. Thus, the governmental bureaucracy started to meddle in societal affairs, chiefly in individual properties

and liberties, especially in the economic area. Considering this premise and the conception of the State bounded by Justice, this is an effort to demonstrate that the arguments against the issue of this paper - i) offence to the principle of legality related to the linkage of administration and the law; ii) offence to the principle of separation of powers; iii) violation of the reserve of jurisdiction; iv) existence of impeditive intra-constitutional laws - do not resist to an historic-systemic analysis of the Brazilian juridical system.

Key-words: Fiscal prosecution law.
Federal fiscal administrative process.
Trial of constitutional issues.

Referência

AKSELRAD, Moisés. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente. **Aplicação dos Postulados da Razoabilidade e da Proporcionalidade pela Administração Pública Judicante Brasileira**: Limites e possibilidades do controle no âmbito da atuação vinculada.. Dissertação (Mestrado em Direito) da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2008. 444f

ALVES, Francisco de Assis. **Processo Administrativo Tributário**. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Direito Administrativo**. Caderno destinado aos alunos do Curso de Direito 1987-1988. Lisboa: 1988. v. II

BALERA, Wagner. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Poder Executivo – Lei Inconstitucional – Descumprimento. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 181-182, 387-397, jul./dez. 1990.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 6, set. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 jul. 2008.

BITTAR, Djalma. Processo Tributário. In: DE SANTI, Eurico Marcos Diniz (Coord.). **Curso de Especialização em Direito Tributário**: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Forense, 2005.

BOITEUX, Fernando Netto. Os Conselhos de Contribuintes e a Jurisprudência dos Tribunais Superiores. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n 121. São Paulo: Dialética, 2005.

BRITO, Edvaldo. Ampla Defesa e Competência dos Órgãos Julgadores Administrativos para Conhecer de Argumentos de Inconstitucionalidade e/ou Ilegalidade de Atos em que se Fundamentem Autuações. ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Processo Administrativo Fiscal**. São Paulo: Dialética, 1997.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Curso de Processo Administrativo Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAMPANILE, Vinicius T. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASSONE, Vittorio. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA, Antonio José da Costa. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DELGADO, José Augusto. Reflexões sobre o Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FAJERSZTAJN, Bruno. Aplicação das Normas Constitucionais pelos Conselheiros e pela Câmara Superior de Recursos Fiscais após a Portaria MF nº 103/02. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 104, 2004.

FEITOSA, Celso Alves. Da Possibilidade dos Tribunais Administrativos, que julgam matéria fiscal, decidirem sobre exação com fundamento em norma considerada ilegítima em oposição à Constituição Federal. ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Processo Administrativo Fiscal**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 15-36.

FERNANDES, Edílson Carlos. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 484-496.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. II. Décima Edición. Espana: Thomson - Civitas, 2006.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GOMES, Luís Carlos. **O Processo administrativo fiscal e a não-aplicação de lei ou ato inconstitucional**. São Paulo: MP Editora, 2007.

GONÇALEZ, Antonio Manoel. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 554-568.

GONÇALVES, Carlos. Processo Administrativo tributário e o controle da constitucionalidade pelos tribunais administrativos. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 75, p.268-279, 1999.

GRECO, Marco Aurélio. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 702-709.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HARADA, Kiyoshi. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 360-374.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

ICHIHARA, Yoshiaki. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 345-359.

JUSTEN FILHO, Marçal. Ampla Defesa e Conhecimento de Argüições de Inconstitucionalidade e Ilegalidade no Processo Administrativo. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 25.. p. 68-79.

_____. Considerações sobre o Processo Administrativo Fiscal. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 33, jun.1998.

LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUSTOZA, Helton Kramer. A análise da constitucionalidade de norma tributária pelo Conselho de Contribuintes. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, n. 78, jan./ fev. 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. Aplicação de Lei Inconstitucional pela Administração. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 702, 1992.

_____. Algumas questões do processo administrativo tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.134-159.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei pela autoridade administrativa de julgamento. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, p. 91-99, n. 98..

MARAFON, Plínio José. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 272-283.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro**: (administrativo e judicial). São Paulo: Dialética, 2001.

MARLEBI, Diva. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.116-133.

MARQUES, Fernando de Oliveira. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 710-721.

MARTINS, Ives Gandra. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 53-80.

MARTINS, Natanael; DI PIETRO, Juliano. A Ampla defesa e a inconstitucionalidade no processo administrativo: Limites da Portaria nº 103/2002. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, p. 98-117, n. 103. 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O Controle da Constitucionalidade Pelos Tribunais Administrativos no Processo Administrativo Tributário. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 75, p.12-18, 1999.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Gustavo Miguez de. Processo Administrativo Tributário: Algumas questões relevantes. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELO, José Eduardo Soares de. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MINATEL, José Antonio. Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) como condição de Validade do Lançamento Tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Processo Administrativo Fiscal**. São Paulo: Dialética, 2002. v.6

MIRETTI, Luiz Antonio Caldeira. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MOTTA FILHO, Marcelo Martins. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Almedina, 2003.

PASTORELLO, Dirceu Antonio. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PONTES, Helenilson Cunha. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRAXEDES, Francisco de Assis. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

QUEIROZ, Mary Elbe Gomes. **Do Lançamento Tributário – Execução e Controle**. São Paulo: Dialética, 1999.

ROCHA, Sérgio André. **Processo Administrativo Fiscal. Controle Administrativo do Lançamento Tributário**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

ROCHA, Valdir de Oliveira. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SCAFF, Fernando Facury. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SEIXAS FILLHO, Aurélio Pitanga. O processo administrativo fiscal e os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da administração pública. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Processo Administrativo Fiscal**. São Paulo: Dialética, 1999. v. 4

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002..

TOCCHETO, Eliane Pereira Santos. **Aspectos Relevantes da Decisão Proferida no Processo Administrativo Tributário Federal**. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, São Paulo, 2007. 155 f.

TORRES, Ricardo Lobo. Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

XAVIER, Alberto. A Questão da Apreciação da Inconstitucionalidade das Leis Pelos Órgãos Judicantes da Administração Fazendária. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 103, Dialética, 2004.

_____. **Do Lançamento**: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Do lançamento no Direito Tributário Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Referência deste artigo

SOUZA JÚNIOR, Antonio Carlos Ferreira de. Uma análise sobre a possibilidade da apreciação de norma constitucional por parte dos julgadores do contencioso administrativo tributário. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 63-98, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

A assistência judiciária integral e gratuita face à imposição inculcida no art. 12 da Lei 1.060/50

Antônio Fernando de Araújo Martins

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Resumo

O trabalho versa sobre a imposição normativa, contida na Lei 1.060/50, referente à obrigação do autor da ação inicialmente proposta em pagar ao Judiciário, no prazo de até cinco anos, a quantia relativa às custas judiciais quando este restara isento de arcá-las em virtude da concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita. Assim,

ao longo do presente artigo, far-se-á uma análise do dispositivo constitucional garantidor do livre acesso à Justiça frente ao artigo 12 da Lei da Assistência Gratuita.

Palavras-chave: Assistência. Gratuidade. Pagamento. Custas.

Introdução

É de trivial sabença, dentre aqueles que integram a faceta jurídica da sociedade pátria, que consta no ordenamento nacional regulamentação em prol dos indivíduos desfavorecidos que não suportam o ônus das custas processuais como também os importes arbitrados pelos causídicos contratados.

Sendo assim, o legislador de 1950, promulgando a Lei nº 1.060, tratou de garantir aos menos favorecidos a isenção dos valores pertinentes à propositura e instauração de demandas e recursos, bem como a exoneração destes quanto aos honorários advocatícios da parte con-

trária quando for esta vencedora, sucumbente a parte hipossuficiente, beneficiária da assistência gratuita.

Há de se salientar, é bem verdade, que, ainda em termos preambulares, deve-se discernir as expressões “assistência judiciária gratuita” e “justiça gratuita”. Esta última diz respeito ao requerimento da parte quando intenta desobrigar-se do pagamento das custas judiciárias, contratando advogado próprio e arcando com tais verbas; naquela outra, qual seja, a assistência judiciária gratuita, o Estado suporta o ônus do pagamento das custas e do patrono do “pobre na forma da lei”, como então entendera o STJ em data não muito distante¹.

E é justamente sobre esta última que versa o breve estudo em questão, realçando precisamente o disposto no art. 12 da legislação supracitada, argüindo-se, inclusive, sua inconstitucionalidade, ao passo que tal regra normativa não prevê isenção absoluta das custas e dos honorários em favor da parte beneficiária, vinculando a parte economicamente desprovida durante cinco anos após a decisão final do litígio em que figurava como parte, caso haja qualquer variação em seu quadro econômico-financeiro.

1 Breve análise doutrinária das normas jurídicas

Antes de adentrarmos no estudo ora proposto, é de fundamental importância uma análise doutrinária da norma jurídica feita pelo ilustre Miguel Reale, tomando por referência o dispositivo referido no art. 5º, inc. LXXIV da Carta Magna. De imediato, após leitura do preceito constitucional inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais, podemos classificá-la como imperativa, estabelecendo um dever ao Estado face à subsunção do caso concreto, a insuficiência de fundos, ao descrito na norma, prestação jurídica integral e gratuita, estabelecendo-se, assim, um **dever-ser**, onde há “regra jurídica que se limita a enunciar, de ma-

1 STJ, 3ª Turma, REsp. 238.925-SP, Min. Ari Pargendler, Relator, j. 21.8.2001.

neira objetiva e obrigatória, algo que deve ser feito ou constituído, sem que, nem sequer implicitamente, se pense em termos condicionais”², não podendo, assim, uma lei infraconstitucional estabelecer limites.

Essa análise harmoniza-se, igualmente, com a compreensão jurídica feita por Hans Kelsen, na qual, através do “verbo” **dever-ser**, há uma conseqüência “C” em virtude de um fato “F”, não cabendo, em nenhuma hipótese, alguma restrição ou condição de validade a tais preceitos. Enquadra-se, assim, perfeitamente ao que leciona Miguel Reale, sendo “obrigação objetiva de algo que deve ser feito”³, classificando-a, então, como norma secundária de organização administrativa imposta aos estados membros.

No que se refere às regras de conduta da norma jurídica, vemos que três são os pontos principais a se levar em consideração, conforme lições de Norberto Bobbio, quais sejam: “obrigatório”; “proibido”; “permitido”⁴, podendo, desta maneira, segundo a forma, as normas serem imperativas, proibitivas ou permissivas.

Ao enfrentarmos o plano de eficácia, no sentido normativo, observamos que se leva em conta a capacidade de produção de efeitos jurídicos no mundo real, sendo normas de eficácia limitada ou de eficácia contida.

Podemos, assim, classificar o dispositivo elencado no art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição Federal⁵ como uma norma de eficácia contida, plena, imperativa, prescrevendo ao Estado um dever-ser, uma obrigação.

Quer se dizer que não haverá condicionantes para tal prestação estatal ao cidadão, sob pena de afronta ao mencionado artigo da Carta Federal.

2 REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 94.

3 Idem, p. 95.

4 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 9. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 31.

5 “O estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

2 Enfoque constitucional da assistência judiciária gratuita

2.1 Objetivos fundamentais da república federativa do Brasil

É de salutar importância o enfoque dado pelo legislador na redação do art. 3º da Lei Maior, definindo o seu conteúdo como objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, sendo eles: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Assegura, também, “a igualdade material entre os brasileiros, possibilitando a todos iguais oportunidades para alcançar o pleno desenvolvimento de sua personalidade, bem como para auto-determinar e lograr atingir suas aspirações materiais e espirituais, condizentes com a dignidade inerente a sua condição humana”.⁶

Partindo dessa premissa, há que se asseverar o dever de tratar os iguais de forma igual, e os desiguais de forma desigual, cada um na medida de sua desigualdade.⁷

2.2 Direitos e garantias fundamentais de 1ª, 2ª e 3ª geração

Antes mesmo de examinarmos o rol dos direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º da Constituição, precisamos recorrer a determinado acontecimento histórico, o qual estancou tamanha arbitrariedade e discricionariedade estatal frente aos administrados.

6 PAULO, Vicente e Marcelo Alexandrino. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Método, 2008. p. 87.

7 BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 3a ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1988.

Estamos aqui nos referindo à Revolução Francesa, dando ensejo à Declaração dos Direitos do Homem (*Déclaration des l'Homme et du Citoyen*, em 1789), conforme J.J Gomes Canotilho⁸, o marco inicial da positivação dos direitos fundamentais.

Tradicionalmente são classificados em gerações (ou dimensões), levando-se em conta o momento de seu surgimento e reconhecimento pelos ordenamentos constitucionais, sendo eles de primeira, segunda e terceira geração.

Aquele inicial, de primeira geração, compreendendo direitos negativos, um não agir do Estado e direito de defesa do indivíduo frente ao poder público, surgiu no final do século XVIII e se trata de uma resposta do Estado Liberal ao Estado Absoluto, dominante em todo o século XIX.

Os de segunda geração floresceram no século XX, compreendendo as liberdades positivas, o direito dos desamparados, acentuando o princípio da igualdade entre os homens. Basicamente, pode-se definir como a passagem do Estado Liberal de primeira geração para o Estado Social, objetivando, principalmente, a proteção dos hipossuficientes, buscando a igualdade material entre os homens. Trata-se de uma cobrança do povo ao Estado por prestações sociais, tais como saúde, trabalho, moradia, educação, assistência social, dentre outros aspectos.

Por fim, quanto aos direitos de terceira geração, poderíamos aqui nos referir principalmente aos princípios que visam a solidariedade e fraternidade, bem como a proteção dos interesses e direitos difusos, tal qual a defesa do consumidor e do patrimônio comum da humanidade.

Este apressado estudo, por sua vez, concentra-se basicamente nos direitos e garantias de segunda geração, correspondendo, pesadamente, à proteção dos mais necessitados e à promoção da igualdade perante

8 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 52.

todos, ensejando, dentre outras, nova redação de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, sem que sejam cometidas aquelas condicionantes para uma mudança futura no “status” econômico do sujeito.

2.3 Assistência jurídica gratuita e princípios correlatos

Preceitua a Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de fundos”, conforme anteriormente ressaltado, levando em conta o plano de eficácia da norma acima descrita; todavia, o legislador constituinte, posterior àquele que estabeleceu normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, foi além, concedendo benefícios aos que não possam arcar com as despesas da marcha processual bem como honorários advocatícios, seja por situação permanente (precária condição financeira, ausência de bens e patrimônios) ou transitória (situação patrimonial regular em momento de crise financeira, ensejando pagamento de dívidas com tais bens).

De toda sorte, independentemente de possuir bens móveis ou imóveis, a partir do momento em que o custo do andamento processual interferir no sustento próprio ou da família, conforme entendimento de Theotônio Negrão, “é irrelevante que tenha propriedade imóvel (RJTJESP 101/276), desde que não produza renda que permita pagar as custas e honorários do advogado”⁹; na mesma linha, entende o doutrinador que “o simples fato de ser o autor proprietário de um apartamento de cobertura no litoral não constitui motivo bastante para a revogação do benefício. Vencimentos líquidos por ele percebidos que permitem o enquadramento na situação prevista no art. 2º, § único

⁹ NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1305.

da Lei 1.060 de 5.2.50 (STJ-4º T., REsp 168.618-SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 8.9.98, não conheceram, v.u., DJU 9.11.98, p. 11)”¹⁰.

É exatamente a partir dessa situação financeira precária onde entra o dispositivo constitucional, como mecanismo de garantia da igualdade entre as partes, quando bem afirma a Carta Magna vigente, no *caput* de seu art. 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”, como também no preceito VII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, pela Organização das Nações Unidas (ONU), quando afirma que “todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei [...]”.

Resta-nos, então, concluir que a preocupação dada pelo legislador pátrio em igualar todos, visto que “o princípio da igualdade de todos perante a lei é universal e a sua proclamação fática data da Revolução Francesa e, naquela época, já se preocupava com a desigualdade entre os homens, sobretudo em razão da fortuna, o que sempre constitui o maior obstáculo para a aplicação equitativa da Justiça. O maior problema, com relação à aplicação da Justiça, sempre foi o de assegurar às desafortunadas condições para que pudessem satisfazer suas pretensões, em razão do alto custo da marcha processual, sob pena de nunca poderem valer os seus direitos e restar letra morta à Justiça. Em razão da acirrada preocupação com referência aos carentes de recursos financeiros perante a máquina judiciária, surgiu a idéia do patrocínio jurídico gratuito, para garantir-lhes o acesso ao Poder Judiciário”¹¹.

Há de se asseverar também a importância do devido processo legal inscrito no art. 5º, inc. LIV, aplicável ao caso em estudo, vez que, con-

¹⁰ Idem, p. 1305.

¹¹ BAPTISTA, Joaquim de Almeida. Disponível em: < <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp>>. Acesso em 30 nov. 2008.

forme mencionado anteriormente, o impedimento do acesso à Justiça em decorrência da insuficiência de fundos, acarreta diretamente como uma afronta ao princípio do devido processo legal, como também indiretamente na ampla defesa e no contraditório (art. 5º, inc. LV) – vislumbrando-se a necessidade de pagamento de custas quando da interposição de recursos –, e por sua vez, no que tange ao princípio inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXV).

Determina a Constituição Federal, em seu art. 134, como sendo a Defensoria Pública instituição essencial à função jurisdicional do Estado e meio da prestação jurídica integral e gratuita para fomentar o acesso à Justiça dos mais necessitados, eliminando, assim, as desigualdades sociais e formando uma sociedade mais justa e igualitária. A Constituição ainda prevê o prazo em dobro com a finalidade de compensar as dificuldades pela grande quantidade de processos que sobrecarrega o serviço de assistência judiciária mantida pelo Estado e o inevitável caráter burocrático das referidas instituições. Nada obsta, contudo, inclusive pela jurisprudência dominante, que se utilize os benefícios da assistência judiciária com patrono particular – daí a noção inicial de “justiça gratuita”.

3 Controle de constitucionalidade

O ponto principal que mais nos interessa nesse estudo se refere à aplicabilidade do art. 12 da Lei nº 1.060/50 face ao dispositivo inserido no inc. LXXIV do art. 5º da CF, conforme explicitado anteriormente. Trata-se de preceito constitucional de aplicabilidade direta não suscetível à condição alguma de validade, restando, por sua vez, clara a inconstitucionalidade do art. 12 da referida lei.

Dessa forma, cabível de plano, em sua forma repressiva, exercido pelo meio jurisdicional, possível apenas aos juízes ou tribunais, o devido controle de constitucionalidade difuso, frente à incompatibilidade do

objeto da referida legislação federal com os dispositivos constitucionais vigentes.

Portando, contudo, natureza subjetiva do ato, há de se entender manifestamente inconstitucional o artigo da mencionada lei, deixando-se de aplicá-lo em lides futuras, e naquelas em que ainda resta pendente o prazo quinquenal para possível ressarcimento ao Judiciário e ao patrono da parte adversa dos valores que então se isentara de pagamento a parte beneficiária.

Uma vez que afirma a parte ser pobre na forma da lei, não tendo condições de arcar com as despesas processuais nem tampouco os honorários advocatícios sucumbenciais, não é necessária a existência de outros requisitos para que seja concedido o benefício da gratuidade da justiça, bastando tão somente a simples afirmação de pobreza feita pela parte que necessita de tal benefício, independentemente da fase processual em que se encontra o feito, abrangendo custas processuais como também despesas e honorários do advogado da parte contrária.

A ressalva prevista no art. 12 da mencionada lei, entretanto, não deve ser aplicada pela afronta aqui já delineada frente aos dispositivos constitucionais.

Equívoca-se o magistrado que, julgando improcedente ação proposta pela parte beneficiária da assistência gratuita, condena o litigante hipossuficiente no ônus sucumbencial.

Todavia, embora seja cediço que não cabe à parte beneficiária de justiça gratuita isenção absoluta de tais ônus, mas apenas a suspensão do pagamento pelo período de cinco anos, caso a parte, sem prejuízo de seu sustento e de sua família, possa vir a satisfazer tal pagamento, o trabalho em comento rechaça tal entendimento majoritário.

Numa exegese não gramatical do texto invocado (art. 12, Lei nº 1.060/50), mas numa interpretação técnico-jurídica, teleológica e, afinal, mais em consonância com a realidade fática que nos cerca, haverá de se

asseverar que se deve entender como passa um humilde cidadão que, com base na Constituição, procura o Poder Judiciário para resolver conflito de interesse que lhe cerca, amparando-se sob condições de que haverá de pagar a esse Poder se, um dia, ganhar na loteria ou qualquer outro fenômeno que possibilite desembolsar dito pagamento sem comprometer a renda de sua família.

Por fim, chega-se à conclusão de que tal realidade fática que nos circunda é plenamente perceptível quando observamos que o fato de se manter um emprego já é, por si só, difícil, quanto mais deixar uma expectativa pesando sobre os ombros da pessoa a responsabilidade de obter um emprego melhor e dali deduzi-lo, com as devidas atualizações monetárias, efetuando o pagamento ao Estado por um serviço prestado, o qual, aliás, deveria lhe fornecer, *a priori*, gratuitamente.

De outra banda, obstaculizar o acesso ao Judiciário ou impor condições futuras quando já beneficiária a parte, caracteriza-se verdadeira afronta ao art. 5º, inc. LXXIV e, por conseguinte, vislumbro *en passant* a inconstitucionalidade do art. 12 da Lei 1.060/50.

Nestes termos, entendo plenamente viável a concessão do pedido de assistência judiciária gratuita – abarcando custas e honorários –, de maneira geral e irrestrita àqueles que assim pleitearem, devendo-se tornar inaplicável o contido no retro mencionado art. 12 da lei ordinária em questão.

Vale ressaltar, ainda, que este estudo visa o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 12 da referida lei, conforme bem menciona Theotonio Negrão:

art 12: 1. Há acórdãos no sentido de que a possibilidade de cobrança de honorários à parte beneficiária da justiça gratuita que perdeu a condição de necessitada não foi recepcionada pela atual Constituição Federal (RSTJ 79/344, STJ-RT 729/159, STJ-RF 330/302, RIDCPC 48/168).¹²

¹² NEGRÃO, Op. Cit., p. 1315.

No mesmo sentido, colaciono o aresto abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. DEVER DO ESTADO. NÃO CONDENÇÃO EM HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. 1 - A sentença desfavorável ao beneficiário de justiça gratuita amparado pela Lei 1.060/50 não importa na revogação de sua concessão, constitucionalmente garantida. 2 - A Carta Magna de 1988, art 5º, inciso LXXIV, dispõe ser integral e gratuita a assistência judiciária destinada àqueles que comprovarem insuficiência de recursos, sendo dever do Estado prestá-la. 3 - O art. 12 da Lei 1.060/50, que dava o prazo de 5 anos após o trânsito em julgado para o assistido arcar com as despesas caso não mais subsistisse seu estado de miserabilidade, não foi recepcionado pela CF/88. 4 - Não se podendo cobrar da parte vencedora, face ao princípio da sucumbência, tem-se que Estado deve suportar esse ônus. Nada obstante, a obrigação constitucional em questão subordina-se à regra geral dos precatórios, Nesse sentido, STJ-RF 330/302 E STJ-RT 729/159. 5 - Apelação da União e remessa necessária improvidas. Sentença confirmada. Votação unânime. (AC 138334 97.02.14686-0, TRF2, Rel. Des. Sergio Feltrin Correa, Segunda Turma, J. 22/09/1999).

4 Conclusões

Ao que se dispusera, confrontando legislação federal e constitucional, com base, inclusive, nos preceitos humanitários, não se olvida que é notória a inconstitucionalidade do art. 12 da Lei 1.060/50, tendo em vista a imposição de requisitos de validade não abrangidos pela Carta Magna em seu art. 5º, inc. LXXIV.

Ora, chegam a ser antagonônicos os textos da legislação federal e constitucional, ao passo que o primeiro determina a vinculação por cinco anos do então beneficiário, enquanto aquela última dispõe que não deixará o Judiciário de apreciar toda e qualquer lesão ou ameaça de direito.

Por assim ser, leciona Joel Dias, Juiz de Direito de Santa Catarina¹³:

O acesso ao Judiciário é garantido constitucionalmente a todos, de maneira ampla e incondicional e intimamente ligado com o equilíbrio do Estado de Direito, que para configurar-se plenamente requer a remoção de obstáculos de ordem burocrática, instrumental, técnica e administrativa para que se concretize de maneira efetiva.

E completa:

O acesso à administração da justiça, como princípio fundamental que fixa a relação entre jurisdicionados e a jurisdição, deve estar revestido de todas as garantias fáticas e de direito para o seu perfeito e pleno exercício.

Uma vez ciente de que, caso receba qualquer quantia inesperada, com destino certo, para pagamento de dívidas e situações a fins, é certo que ficará acuado o cidadão de bem que tenha direito suprimido ou transgredido. Desta feita, mister se faz a revogação, através dos procedimentos de inconstitucionalidade, do aqui famigerado art. 12 da Lei de Assistência Judiciária, para assim se dispor do que então se denomina de livre acesso ao Judiciário, aplicando em sua forma mais plena o inc. XXXV do art. 5º da Constituição brasileira.

Free legal assistance and access to justice in view of the requirements created by article 12, law 1.060/50

Abstract

This piece is about the imposition, contained in Law 1.060/50, which determines that every beneficiary of the free assistance be obligated to pay the costs not previously paid to the Judiciary, within a five years deadline.

Thus, this work shows an analysis of the

constitutional policy which guarantees the free access to Justice, confronting with the article 12 in free assistance's law.

Key-words: Assistance. Free. Payment. Costs.

¹³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Disponível em: <<http://www.joelfigueira.com/artigos/O%20ACESSO%20AO%20PODER%20JUDICI%20C1RIO%202.doc>>. Acesso em: 02 nov. 2008.

Referências

BAPTISTA, Joaquim de Almeida. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp>.. Acesso em: 30 nov. 2008.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1988.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 9. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Disponível em: <<http://www.joelfigueira.com/artigos/O%20ACESSO%20AO%20PODER%20JUDICI%20C1RIO%202.doc>>. Acesso em: 02 nov. 2008.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor**. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PAULO, Vicente e Marcelo Alexandrino. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Referência deste artigo

MARTINS, Antônio Fernando de Araújo. A assistência judiciária integral e gratuita face à imposição inculcada no art. 12 Da lei 1.060/50. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 99-112, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

Execução provisória na sistemática introduzida pela Lei nº 11.232/2005: Incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC para o caso de contumácia

Breno Duarte Ribeiro de Oliveira

Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.
Juiz de Direito em Pernambuco

Resumo

O trabalho trata de apreciar o problema relacionado à questão da incidência ou não da multa especificada no art. 475-J do CPC (dez por cento sobre o montante da condenação), em relação ao cumprimento provisório da sentença (art. 475-O do CPC). O estudo demonstra que a execução provisória no sistema processual pátrio representa verdadeiro adiantamento do conteúdo executivo, ou uma antecipação do provimento executivo. Encarada como antecipação

dos efeitos da execução definitiva, não há qualquer razão para estabelecer a distinção, entre cumprimento definitivo e provisório da sentença, para fins de incidência da multa introduzida pela Lei nº 11.232/2005.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Cumprimento Provisório da Sentença. Incidência de Multa de 10% (dez por cento) sobre a Condenação.

Introdução

Desde o início da década de 1990, o Código de Processo Civil brasileiro vem sofrendo sucessivas reformas. A partir, porém, do advento da Emenda Constitucional nº 45, publicada no dia 31.12.2004, as alterações que se seguiram no plano infraconstitucional modificaram

de forma profunda o processo de execução, constante do livro II da Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

Invariavelmente, o sentido das reformas é sempre o mesmo, qual seja, dotar o processo de meios capazes de torná-lo efetivo instrumento da jurisdição, no sentido de que a sua existência se encontra vinculada à realização dos direitos materiais, outorgando a cada sujeito o direito que efetivamente tem, dentro de um prazo razoável.

Nesse sentido, a prestação jurisdicional passou a ser vislumbrada em seu conjunto e não mais a partir da ótica então predominante, quando havia compartimentalização da outorga do serviço estatal da justiça (acertamento do direito e atos de realização). Alertados pela prática dos tribunais, os doutrinadores perceberam que de nada adiantaria a simples declaração de um direito através do processo de conhecimento, se na fase de realização efetiva desse direito, mediante a execução do provimento cognitivo, o credor, na maioria das vezes, após longo *iter*, era compelido a observar passivamente a frustração de sua legítima expectativa.

Acatando as sugestões, fruto de laborioso estudo de destacados nomes da doutrina, através do Instituto de Direito Processual, o legislador resolveu introduzir no sistema nacional a noção de “cumprimento de sentença”¹ que, em suma, destituiu a autonomia preconizada em relação ao processo de execução, alterando-o para um elemento integrante do conteúdo do processo de conhecimento, ou seja, sagrando-o como simples etapa do processo cognitivo.

Ressalte-se, como sugere a lógica, que a autonomia do processo de execução desapareceu em relação aos títulos judiciais, posto que nos títulos extrajudiciais não há processo de conhecimento prévio.

1 Note-se que a exposição de motivos da Lei nº 11.232/2005 revela o acatamento integral das sugestões do Instituto de Direito processual de forma que o então Ministro da Justiça limitou-se a transcrever literalmente a exposição de motivos que acompanhou o anteprojeto subscrito pelos eminentes professores Athos Gusmão Carneiro, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Petrólio Calmon Filho e Fátima Nancy Andriighi

Em relação ao **cumprimento da sentença** como instrumento de efetivação do escopo processual, pode-se afirmar que essa noção decorreu de um amadurecimento paulatino das normas adjetivas, demonstrado a partir das modificações introduzidas no CPC com a redação do art. 461, através da Lei nº 8.952/94, que resgatou a decisão de caráter executivo-mandamental, já vislumbrada desde os romanos e que inspirava, anteriormente, ações específicas, como as ações possessórias e a ação de despejo, há muito conhecidas no ordenamento nacional.²

A Lei nº 11.232/2005 culminou, então, por sepultar a dicotomia que separava o processo de conhecimento e o processo de execução, circunscrevendo-os a compartimentos autônomos, para considerar este último como parcela da prestação jurisdicional, vislumbrada, hodiernamente, como única.

A visão reformista orientou-se, indubitavelmente, pela idéia de que de nada adianta um acertamento brilhante do direito subjetivo, se na fase de execução, raramente, são encontrados bens do devedor passíveis de satisfazer o direito do credor, de modo que, para a atual sistemática, não há qualquer tempo a perder a partir da prolatação da decisão, que condena o devedor ao pagamento de quantia certa.

Convém ressaltar que numa visão constitutiva-integrativa da função legiferante, o operador do direito, no âmbito da cõrte que possui a função de uniformizar a interpretação da legislação federal no país, o Superior Tribunal de Justiça, entendeu por pacificar a celeuma quanto ao *dies a quo* da contagem do prazo para a incidência da multa de 10% (dez por cento) prevista no novel art. 475 –J o CPC³, fixando que o início da contagem do prazo de quinze dias prescinde da notificação pessoal da parte.⁴

2 Vide a respeito o texto de Theodoro Júnior, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. Revista Síntese de Direito Civil e processual civil. Ano VI- n. 36 – jul/ago 2005, p.26

3 “Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não a efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.”

4 REsp. 954.859-RS 3. T – STJ, Agosto – 2007, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros.

Nessa medida, no bojo das reformas processuais já mencionadas, convém apreciar, nos limites deste trabalho, mecanismo já conhecido e substancialmente ampliado da **execução provisória**, ou como prefere parte da doutrina, **cumprimento provisório da sentença**⁵, vislumbrando-se, especialmente, o problema relacionado à questão da incidência ou não da multa especificada no art. 475-J do CPC (dez por cento sobre o montante da condenação), em relação à modalidade de provimento estabelecida no art. 475-O do CPC.

Ao final deste breve estudo pretende-se fornecer elementos suficientes à resposta à questão assim formulada: “Em sede de execução provisória, na nova sistemática empregada pela Lei nº 11.232/2005, incide ou não a multa de 10% em face da eventual contumácia?”

1 Conceito e natureza da execução provisória

O conceito de execução provisória é extraído do próprio texto legal do art. 475, I, §1º do CPC, que especifica ser: “*definitiva a execução de sentença transitada em julgado e provisória, quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo*”

É provisória, portanto, a execução fundada em título judicial pendente de recurso admitido no efeito meramente devolutivo, e que por essa razão não alcançou a condição de “caso julgado”.⁶

Não há qualquer pertinência em perquirir a espécie do recurso ou a existência de outras vias recursais abertas ao exequente.

Trata-se de instrumento que pretende compensar a possibilidade do vencido de recorrer, sem retirar do vencedor a prerrogativa de iniciar a realização do seu direito, finalmente decidido em uma esfera judicial.

5 RAMOS, Glauco Gumerato. **Reforma do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.263.

6 Como assegura ASSIS, Araken de. **Cumprimento de sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.139.

Se há pendência de recurso, evidentemente a decisão pode ser afinal reformada, alterando o acerto anterior. Essa assertiva, porém, não retira o sentido da possibilidade de antecipação dos efeitos das medidas executivas, que resumem a execução provisória.

Em verdade, incompreensível seria que, mesmo após decisão judicial condenatória, em que supostamente foram considerados todos os argumentos da defesa, em respeito aos princípios pertinentes, em especial ao contraditório e ampla defesa, integrantes do devido processo legal, a situação do devedor, que inflingiu, ao menos em tese, a lesão patrimonial, resgatável através da lide, permanecesse inalterada, beneficiando-se este último da morosidade relativa aos feitos judiciais e todos os trâmites burocráticos inerentes à espécie.

Nesse contexto, a execução provisória possui ainda a finalidade de desestimular o exercício recursal infundado, na medida em que, mesmo atacado por recurso, e desde que atribuído a este o efeito meramente devolutivo, o título encontra-se apto a dar início à satisfação do credor.

Convém, neste ponto destacar que em relação ao texto revogado o dispositivo atualmente vigente (Art. 475-I, §1º) representou significativa novidade, posto, que, diferentemente da redação superada, então contida no art. 587 do CPC, ao invés de mencionar: “*sentença impugnada mediante recurso, recebido no só efeito devolutivo*”, expressa: “*quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído o efeito suspensivo*”.

Conquanto sutil na redação, a modificação antecipa a tendência legislativa de adotar como regra o recebimento do recurso de apelação, com o efeito meramente devolutivo.

Note-se que na atual redação a suspensividade do recurso de apelação é tomada por exceção, ao contrário da redação do revogado art. 587 do CPC. Por outro lado, na redação da regra ora vigente, vislumbra-se a possibilidade da atribuição do efeito suspensivo vir a ser deslocado para a perspectiva judicial (*ope judicis*), com a apreciação in concreto dos

fatores que não recomendariam a antecipação dos efeitos executivos, ou seja, da execução provisória.

Importante lembrar, entretanto, que a redação do art. 520 do CPC não foi alvo do legislador reformista, de modo que o regime da execução provisória, no direito nacional, pode ser considerado fechado, isto é, circunscrito à obediência das situações taxativamente previstas em lei.

Segundo Araken de Assis⁷, o sistema pátrio não acompanhou a tendência de sistemas europeus modernos, em especial o sistema italiano, em que a “exequibilidade imediata” é regra, e a suspensão da eficácia executiva ocorre excepcionalmente *ope iudicis*.

De qualquer forma, ainda que de forma mais restrita do que em outros ordenamentos, a execução provisória no sistema processual pátrio configura-se verdadeiro adiantamento do conteúdo executivo, ou uma antecipação do provimento executivo, que somente seria atingido após o trânsito em julgado do título aparelhador da execução, não exibindo definitivamente qualquer natureza cautelar⁸.

2 Princípios da execução provisória

2.1 Identidade de meio executório

Nos termos da regra vigente, contida no art. 475-O do CPC, “a execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva”. A redação vigente pretendeu aproximar o sentido da norma revogada, que assim dispunha: “A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva...”

Conforme se observa da comparação da atual redação com o texto superado, houve a inclusão da frase “no que couber”. A expressão, que

⁷ ASSIS, op. cit., p. 140-142.

⁸ *ibidem*, p.143.

pretendeu emprestar certa maleabilidade ao comando, especialmente diante da profunda mudança em relação ao cenário normativo anterior, suscitou no meio jurídico “complexos problemas de interpretação, abrindo campo para soluções heterogêneas e disparatadas”⁹.

O dispositivo citado, no entanto, deve ser interpretado em conjunto com aquele constante do art. 475-I, que revela a necessária distinção quanto às ações e os respectivos comandos, que tenham por objeto o cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer e obrigação para entrega de coisa, de um lado, e as ações, cujo objeto seja o pagamento de quantia certa, do outro.

A interpretação sistemática na forma acima significa em suma, “que também na execução provisória a forma e a ordem dos atos executivos se alteram, a critério do juiz, consoante as necessidades práticas da realização dos comandos judiciais”¹⁰.

Dito de outra forma, a escolha dos meios executórios segue a mesma orientação nas duas modalidades de execução, definitiva e provisória, de modo que serão empregados, em qualquer delas, os meios de execução definidos em lei de acordo com a natureza do objeto perseguido.¹¹

2.2 Responsabilidade objetiva do exequente

Conforme o disposto no art. 475-O, I do CPC, a responsabilidade do exequente que decide executar imediatamente a decisão é objetiva, considerando-se, portanto, o eventual provimento do recurso um risco inerente à postura assumida. Em caso de sucesso da demanda recursal do executado, o exequente será obrigado a reparar todos os danos decorrentes.

⁹ *Idem*, p. 150

¹⁰ *ibidem*

¹¹ Consulte-se ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 8. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2002. p. 366.

Essa responsabilidade decorre do **ato lícito** de promover o início de atos executórios, mesmo conhecendo a provisoriedade, ou a sujeição da confirmação do título aparelhador da demanda na modalidade em apreço.

Assim, o requisito único do dever de indenizar surge do singelo fato da reforma do provimento em que se fundou a execução, não se perquirindo de qualquer elemento subjetivo ou investigação de culpa do exequente, que assume o ônus da postura adotada.

Evidentemente que todos os danos relacionados ao provimento do recurso e, por conseguinte, à inviabilidade do título devem ser indenizados pelo exequente, e conforme estabelece o art. 475-O, II, parte final, os “prejuízos serão liquidados por arbitramento nos mesmos autos”.

2.3 Exigência de caução

Diferentemente do que ocorria na sistemática anterior, em que a defesa do executado, ultrapassado o prazo recursal, poderia ocorrer mediante a oposição de embargos, cujo recebimento suspendia a execução, a teor do que preconizava o art. 791, I do CPC, na atual sistemática a irresignação do executado não será veiculada em ação autônoma, mas “mediante **mero incidente** de ‘impugnação’, a cuja decisão será oponível agravo de instrumento”¹²

A suspensividade da execução pela impugnação passou a ser, então, condicionada aos requisitos especiais da relevância dos fundamentos e do fundado receio de difícil ou incerta reparação, a serem observados a critério do juiz.

A continuidade da execução **provisória** ou definitiva é atualmente concebida como regra, ainda que o executado haja manifestado a sua insatisfação em relação à continuidade das medidas expropriatórias pela via adequada, perante o próprio juízo da execução.

¹² Consulte-se a exposição de motivos da Lei n. 11.232/2005

Nesse sentido, porém, havendo prosseguimento da execução cujo título aparelhador seja objeto de recurso dotado de efeito meramente devolutivo, e ainda submetido à impugnação (Art. 475-M do CPC), os atos posteriores que importem alienação, desapossamento definitivo ou destruição do objeto das medidas ficam subordinados à prestação de “caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz, e prestada nos próprios autos”, conforme dispõe o art. 475-O, § 1º do CPC.

Regra geral, portanto, os atos em execução provisória, que importem em alienação de domínio e especialmente levantamento de numerário, impõem a exigência de caução idônea a ser prestada pelo beneficiário da medida.

A regra da exigência de caução, quanto aos atos de alienação, é excepcionada taxativamente em relação a situações definidas legalmente, nos incisos I e II do § 2º do art. 475-O, ou seja, nos casos de crédito de natureza alimentar, ou decorrente de ato ilícito, até o limite de 60 (sessenta) salários mínimos, desde que o exequente demonstre a necessidade, e ainda na hipótese de execução provisória, em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, salvo quando a dispensa possa representar risco de dano grave e irreparável ou de difícil reparação em relação ao executado.

O legislador, na hipótese referente à pendência de recurso de agravo perante o STF ou STJ, e portanto em sede de execução provisória, buscou certamente desestimular a interposição de recursos cuja probabilidade de alteração da situação juridicamente delineada, dificilmente, venha a ser concretizada, de modo que facultou criteriosamente a dispensa de caução que, em suma, pode representar obstáculo à satisfação irrestrita do exequente.

2.4 Restituição ao estado anterior

O art. 475-0, II, estabelece a necessidade de restituição plena ao estado anterior, para o caso de superveniência “de acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução”. O dispositivo, em verdade, constitui-se o eixo central do sistema de execução provisória vigente.

É exatamente a necessária restituição ao estado prévio, cujos custos serão carregados ao exeqüente, que empresta a noção básica de provisoriedade. Sobrevindo, portanto, acórdão que modifique no todo ou em parte a decisão que serviu de base à execução antecipada, cumprirá àquele que tomou a iniciativa responder, objetivamente, conforme observado anteriormente, pela restauração do quadro que antecedeu o procedimento na modalidade adotada.

Essa restauração ocorrerá nos mesmos autos, como revela a expressão final do inciso II do art. 475-O, com a liquidação dos prejuízos através de arbitramento. Trata-se, a rigor, de uma verdadeira inversão em que o anterior demandado, nos próprios autos da execução, passa a ocupar a posição ativa na relação processual, podendo, então, diante do sucesso recursal, exigir a restituição completa de sua situação patrimonial.

Evidentemente que se o provimento do recurso atingir apenas parte da decisão atacada, a compensação deverá ocorrer nos próprios autos, e dependendo da fase atingida, a execução prosseguirá pelo remanescente.

3 Natureza jurídica da multa prevista no art. 475-J

Nos termos já explanados, as profundas e constantes modificações legislativas que vêm sendo implantadas no processo civil brasileiro,

desde a década de 1990, encontram-se impregnadas de um sentido de efetividade processual. Trata-se de um esforço dos órgãos do Estado no sentido de dotar o Poder Judiciário, setorialmente, de mecanismos importantes à garantia do pleno acesso à justiça.

Ressalte-se que a noção de acesso à justiça já não comporta o aspecto formal, com a garantia meramente nominal da inafastabilidade da jurisdição, mas modernamente contempla o efetivo acesso a uma ordem jurídica justa e portanto efetiva, o que inclui não apenas a dicção do direito, mas os atos que garantam o bem de vida perseguido através do processo.

Nesse contexto, a Lei nº 11.232/2005 trouxe como um de seus elementos marcantes a inovação consubstanciada no art. 475-J do CPC, que estabelece o acréscimo de multa de 10% (dez por cento), ao montante da condenação, nas ações que tenham por objeto o pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, para o caso do devedor não cumprir espontaneamente a obrigação no prazo de 15 dias.

O intuito do estabelecimento da penalidade, evidentemente, é o de estimular o pagamento espontâneo e evitar a procrastinação indevida, assumindo no plano antecedente um aspecto de coação. Nesse ponto o demandado/condenado deve efetuar o depósito do valor integral, a fim de evitar a incidência do acréscimo.

Considerando-se, porém, o decurso do tempo sem o pagamento e, portanto, a necessária incidência da regra, o acréscimo de percentual assume a natureza de multa moratória-punitiva.¹³

Nesse sentido, em princípio, a multa assume um aspecto objetivo e decorre do simples decurso do prazo concedido em lei para pagamento. Não comporta, em tese, ilações outras pelo órgão judicial, configurando-se como consequência natural da desídia do condenado.

¹³ Vide a respeito Lucon, Paulo Henrique dos Santos. A multa de 10% na Lei 11.232/2005. *Revista Panóptica*, Vitória, a. 01. n. 07, p. 58, mar./abr. 2007.

4 Multa na execução provisória

Conforme anteriormente observado, no sistema atual foi mantida e em vários aspectos ampliada a possibilidade do vencedor promover, de forma antecipada, a execução, ainda que o título aparelhador seja alvo de recurso recebido no efeito meramente devolutivo.

O estabelecimento do acréscimo de dez por cento sobre o valor da condenação, nos termos do art. 475-J do Código de Processo Civil, representou importante inovação, e a sua incidência em sede de execução provisória tem suscitado dúvidas.

Assim, a dúvida que surge é se o trânsito em julgado da decisão representativa do título, sobre o qual se lastreiam as medidas executivas exigidas, é ou não requisito para a incidência da multa legal de caráter moratório-punitivo.

Para a resposta é preciso contemplar elementos anteriormente discutidos neste brevíssimo trabalho, iniciando-se pelo revelado intuito das modificações legislativas, em especial daquelas constantes do texto da Lei nº11.232/2005.

Note-se que, nesse aspecto, um dos pontos relevantes da reforma, eleito pelo corpo de juristas que elaborou o anteprojeto, ora convertido em Lei, foi o reforço da execução provisória, o que inclui “permissão de alienação de bens sob caução adequada”.

Inegavelmente, as reformas processuais surgiram num contexto de crescente insatisfação com o serviço jurisdicional prestado pelo Estado, que se revela deficiente, levando em consideração o fator tempo, elemento de importância fundamental ao cultivo de um sentimento de respeitabilidade e paz social nas relações interpessoais.

As sucessivas reformas são impulsionadas pela necessidade de prestação jurídica efetiva e em prazo razoável; este último aspecto, foi,

inclusive, elevado ao patamar de direito fundamental, hoje contido no art. 5º, LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse sentido, é necessário reconhecer que a execução provisória, nada mais é do que uma antecipação dos atos executivos, o que aproxima a previsão da chamada “tutela jurisdicional diferenciada”¹⁴, que revela o objetivo de permitir dentro de um sistema de respeito ao plexo normativo de garantias aos direitos individuais, uma alteração da realidade através de uma ação legítima, a fim de satisfazer um direito material, com a outorga do bem da vida ao seu titular, nos termos da lei objetiva, num prazo razoável (suficiente)

O legislador, pressionado pelo clamor popular e sensível aos apelos de parte importante do mundo jurídico, vem se posicionando, já há algum tempo, pela preponderância de atributos como celeridade e efetividade, em relação ao valor segurança jurídica.

Encarada como antecipação dos efeitos da execução definitiva, não há qualquer razão para estabelecer a distinção, no sentido de que a multa constante do art. 475-J apenas é cabível em execução movida por título não atacado por recurso pendente de apreciação.

Na atividade integrativa que exerce o julgador, este não pode se distanciar do sentimento da reforma, de modo a interpretar as regras processuais em desacordo com o espírito do ordenamento. A sua tarefa consiste em aplicar a regra posta com a visão voltada para o presente, num processo lógico de contextualização da regra escrita, componente da norma.

A multa estabelecida possui o inegável condão, conforme esclarecido anteriormente, de obstacular as dilações indevidas, reafirmando, portanto, a força da decisão que gerou o título apto a embasar a execução provisória ou definitiva

¹⁴ A respeito da expressão tutela jurisdicional diferenciada consulte-se MARCATO, Antônio Carlos. **Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 28 jun.2008.

De qualquer maneira, não se pode condicionar a aplicação da multa ao trânsito em julgado, posto que não há qualquer referência legal nesse sentido, sendo clara a redação do respectivo artigo, ao mencionar que: “caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não efetue o pagamento no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento”.

Conclusões

I. No sistema processual brasileiro a chamada execução provisória representa verdadeiro adiantamento do conteúdo executivo, ou uma antecipação do provimento executivo, que somente seria atingido após o trânsito em julgado do título aparelhador da execução, não exibindo definitivamente qualquer natureza cautelar.

II. Como antecipação dos atos executivos, a execução provisória pode ser classificada como “tutela jurisdicional diferenciada” e como tal revela o objetivo de atingir uma alteração da realidade fática a fim de satisfazer um direito material, com a outorga do bem da vida ao seu titular, nos termos da lei, **num prazo razoável**.

III. A multa especificada no art. 475-J do CPC possui natureza moratório-punitiva e assume um aspecto objetivo, decorrendo sua incidência do simples decurso do prazo concedido em lei para pagamento.

IV. Não há relação necessária entre a aplicação da multa e o trânsito em julgado, não havendo qualquer referência legal nesse sentido.

V. É cabível a aplicação da multa de 10% (dez por cento) sobre o montante da condenação, desde que decorrido o prazo de 15 dias, **em execução provisória** ou definitiva, respondendo porém, o exequente, objetivamente, pelos prejuízos eventualmente causados, além de obrigarse pela restituição ao estado anterior, no caso de superveniência de acórdão que modifique a decisão geradora do título aparelhador da execução.

The provisional execution in the systematic adopted by law nº 11.232/2005:
The fine enforcement state in the article 475-J of the rules of civil procedure
in the case of contumacy

Abstract

The present work discusses the problem related to the matter of the incidence or not of the fine specified in the article 475-J of the CPC (ten percent on the value of the conviction) related to the provisional compliance with a judicial sentence (article 475-O of the CPC). The study shows that in the Brazilian legal system the provisional compliance of judicial sentence is an anticipation of the final result of the process. Therefore,

there is no reason in making a distinction between provisional compliance and a final sentence when we refer to the enforcement of the fine introduced by Law number 11.232/2005.

Key-words: Civil Procedures Law. Provisional Compliance of the Judicial Sentence. Incidence of fine of the enforcement. (10% or ten percent).

Referências

- ASSIS, Araken de. **Cumprimento de sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. **Manual do processo de execução**. 8. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2002.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. A multa de 10% na Lei 11.23/2005. **Revista Panóptica**, Vitória, a. 01. n.07, p. 54-69, mar./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 27 jun.2008
- MARCATO, Antônio Carlos. **Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 28 jun.2008.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Reforma do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, a. VI, n. 36, jul./ago. 2005

Referência deste artigo

OLIVEIRA, Breno Duarte Ribeiro de. Execução provisória na sistemática introduzida pela Lei nº11.232/2005: Incidência da multa prevista no art. 475-J do cpc para o caso de contumácia. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 113-128, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

Evolução histórica do processo: do seu surgimento, na Pré-história, à Roma¹

Bruno de Araújo Sena

Bacharel em Direito. Pós-graduando em Direito Público.
Estudante do Curso de Preparação à Magistratura de Pernambuco
Des. Cláudio Américo de Miranda - ESMape.

Resumo

Esse artigo focaliza o estudo, sobretudo, num novo paradigma, a saber, o do surgimento do Direito de modo heterogêneo, cuja fonte primária consiste no processo. Seu objetivo é disseminar a idéia da Heterogênese e extirpar a ligação do aparecimento do Direito com Roma. Para a realização do trabalho fez-se necessária, fundamentalmente, a leitura de obras sobre as quais se debruçou o autor. Ressalte-se que em razão da pequena aceitação doutrinária da tese ora defendida, a bibliografia apresenta-se bastante escassa.

O trabalho está dividido nas seguintes partes: 1) considerações básicas e ruptura com a doutrina tradicional da monogênese do direito e 2) a evolução histórica do direito e da técnica processual nas sociedades pretéritas a Roma. Conclui-se, finalmente, que o Direito/Processo não tem origem de modo Homogêneo em Roma, mas sim, na Pré-história, não podendo prosperar a doutrina predominante da Monogênese.

Palavras-chaves: Direito. Processo. Heterogênese. Monogênese.

1 Considerações básicas e ruptura com a doutrina tradicional da monogênese do direito

Faz-se, desde já, necessária, a distinção entre história do direito e pré-história do direito, conceitos esses constantemente referidos nes-

¹ O presente artigo consiste numa extração de parte do trabalho monográfico de conclusão de curso do autor. Monografia, defendida, publicamente na UNICAP, no dia 28/10/2008 às 11:10h, perante os professores Alexandre Freire Pimentel, Sérgio Torres Teixeira e Fábio de Menezes de Sá Filho, cuja nota atribuída fora 10,0.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Reforma do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, a. VI, n. 36, jul./ago. 2005

Referência deste artigo

OLIVEIRA, Breno Duarte Ribeiro de. Execução provisória na sistemática introduzida pela Lei nº11.232/2005: Incidência da multa prevista no art. 475-J do cpc para o caso de contumácia. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 113-128, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

Evolução histórica do processo: do seu surgimento, na Pré-história, à Roma¹

Bruno de Araújo Sena

Bacharel em Direito. Pós-graduando em Direito Público.
Estudante do Curso de Preparação à Magistratura de Pernambuco
Des. Cláudio Américo de Miranda - ESMape.

Resumo

Esse artigo focaliza o estudo, sobretudo, num novo paradigma, a saber, o do surgimento do Direito de modo heterogêneo, cuja fonte primária consiste no processo. Seu objetivo é disseminar a idéia da Heterogênese e extirpar a ligação do aparecimento do Direito com Roma. Para a realização do trabalho fez-se necessária, fundamentalmente, a leitura de obras sobre as quais se debruçou o autor. Ressalte-se que em razão da pequena aceitação doutrinária da tese ora defendida, a bibliografia apresenta-se bastante escassa.

O trabalho está dividido nas seguintes partes: 1) considerações básicas e ruptura com a doutrina tradicional da monogênese do direito e 2) a evolução histórica do direito e da técnica processual nas sociedades pretéritas a Roma. Conclui-se, finalmente, que o Direito/Processo não tem origem de modo Homogêneo em Roma, mas sim, na Pré-história, não podendo prosperar a doutrina predominante da Monogênese.

Palavras-chaves: Direito. Processo. Heterogênese. Monogênese.

1 Considerações básicas e ruptura com a doutrina tradicional da monogênese do direito

Faz-se, desde já, necessária, a distinção entre história do direito e pré-história do direito, conceitos esses constantemente referidos nes-

¹ O presente artigo consiste numa extração de parte do trabalho monográfico de conclusão de curso do autor. Monografia, defendida, publicamente na UNICAP, no dia 28/10/2008 às 11:10h, perante os professores Alexandre Freire Pimentel, Sérgio Torres Teixeira e Fábio de Menezes de Sá Filho, cuja nota atribuída fora 10,0.

te artigo. A diferenciação repousa no aparecimento (conhecimento) da escrita. Ao que a História informa, o mais antigo sistema de escrita teria nascido, por volta do ano de 3000 a.C., na Mesopotâmia, como resultado do processo de assimilação entre os Sumérios e os povos semitas da Arábia². E esse momento, dos primeiros contatos com a escrita, obviamente, não ocorreu de modo unificado. As antigas sociedades foram, paulatinamente, descobrindo este importante marco originário da História³, o que caracterizaria mais tarde a heterogênese, no que toca ao direito.

momento em que os povos entram na história, a maior parte das instituições civis já existem, notadamente o casamento, o poder paternal ou maternal sobre os filhos, a propriedade (pelo menos mobiliária), a sucessão, a doação, diversos contratos tais como a troca e o empréstimo. Do mesmo modo, no domínio daquilo a que hoje chamamos de direito público, uma organização relativamente desenvolvida dos grupos sociopolíticos existe já em numerosos povos sem escrita.⁴

Hoje, em decorrência dos poucos resquícios que se têm, pode-se elencar algumas, características gerais da vida e dos direitos dos povos sem escrita; são elas, segundo Gilissen: a) direitos sem escrita; b) esses direitos eram muito numerosos pois cada comunidade tinha seu próprio costume, já que viviam muito isoladas, quase sem contato com as demais. Cada povo vivia dos seus próprios recursos, do que produziam os seus próprios membros, pela caça, pesca ou recolha de frutos. O sistema de economia era fechado, dificultando a interação entre os povos; c) como corolário desta última característica, os direitos eram diversificados; d) o direito era fortemente influenciado pela religião. A distinção entre regra religiosa e jurídica é, muitas vezes, difícil porque

2 PIMENTEL, A. F. A origem da técnica processual: estudos sobre o sistema jurídico sumério-babilônico. In: Fredie Didier Júnior e Eduardo Ferreira Jordão. (Org.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 50

3 GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4 ed. Lisboa. Calouste Gulbenkian, 2003. p. 31.

4 *Ibidem*, p. 31

o homem vive sob a crença incondicional nos poderes sobrenaturais. As diversas funções sociais dessa época, religião, moral e direito, eram confundidas, sendo marca arraigada a ausência de diferenciação desses ramos nessas sociedades.⁵

Portanto, as origens do direito situam-se na Pré-história, não prevalecendo a tese segundo a qual só surgira na História ou em Roma, como a doutrina predominante preconiza.

Com o advento da escrita, começam a aparecer os primeiros textos jurídicos, os quais datam de épocas diferentes, variando de sociedade para sociedade. No Egito, por exemplo, a transição foi há cerca de 28 ou 27 séculos antes desta era; para os romanos, aproximadamente, nos séculos VI ou V; para os germanos, no século V desta era; para certos povos da Austrália, da Amazônia, da Papuásia, da África, datam do século XIX ou mesmo do século XX.⁶

Agora, dentro da história do direito, tecer-se-ão alguns comentários no que diz respeito à desconstrução da teoria da monogênese e sedimentação, pela plausibilidade lógica, da heterogênese.

Como já foi dito, muito improvável é que o direito tenha nascido abruptamente, do nada, conforme a tese da monogênese, prelecionada pela doutrina mais tradicional ainda hodiernamente. Othon Sidou afirma ser um verdadeiro truísmo.⁷ Pode-se, e como já foi feito no que se refere ao direito pré-histórico, até relacionar características e evidências de direitos de diversos povos pretéritos aos romanos. Há registros, por exemplo, do direito cuneiforme egípcio, relativo a comandos por representantes divinos. Acrescente-se, ademais, o sistema chinês, de onde irradiou grande parte do direito asiático, que teve, de início, como

5 *Ibidem*, p.35

6 *Ibidem*, p.31

7 Sidou demonstra que o direito romano não surgiu do nada, mas decorreu de um processo histórico da evolução do direito de sistemas antecedentes. OTHON SIDOU apud. PIMENTEL, A. F. Op. Cit. p. 39.

base, a filosofia de Confúcio. Não se pode olvidar, também, “os direitos dos autóctones dos índios e negros que têm características peculiares derivadas dos costumes e inspiradas pelas divindades, a exemplo do ocorrido com os ordenamentos jurídicos da África Austral dos Tswanas.”⁸

Os mais antigos documentos escritos de natureza, eminentemente, jurídica aparecem no final do século IV ou começo do 5º milênio, isto é, cerca do ano 3000 antes desta era, por um lado, no Egito, por outro, na Mesopotâmia. Pode seguir-se a evolução do direito nessas duas regiões durante toda a antiguidade. No 2º milênio, as regiões limítrofes também acordam para a história do direito: o Elam, o país dos Hititas, a Fenícia, Israel, Creta, a Grécia. No primeiro milênio, a Grécia e Roma dominam, até que quase todos esses países sejam reunidos no Império Romano, durante os cinco primeiros séculos da nossa Era.⁹

Uma consideração de peso para ratificar a teoria de que o direito sumério já existia antes mesmo do nascimento de Roma é o fato de o historiador Samuel Kramer ter demonstrado, após tradução de placas da época, que o ensino das leis era obrigatório para os jovens naquela sociedade.¹⁰

Outro argumento que prova a fluidez da tese em ataque, isto é, da monogênese, é porque não encontra esteio lógico na Sociologia, em virtude de cada povo possuir suas crenças e costumes diferenciados, de onde deriva, aliás, o direito. Como Roma criou o direito, se há origens herdadas do direito egípcio, por exemplo, que remontam datas excessivamente mais remotas que o nascimento da própria Roma? É cediço que o direito romano tem arrimo, grande parte, em uma compilação de direitos rudimentares dos povos conquistados, e foi

8 PIMENTEL, A. F. Op. Cit., p. 39.

9 GILISSEN, Op. Cit., p.51

10 PIMENTEL, A. F. Op. Cit. p. 63.

se aperfeiçoando progressivamente. É, no dizer de Nelson Saldanha, “sempre um evoluir contínuo, não havendo seções estagnadas entre uma época e outra”¹¹. Inconcebível e ilógico é não se reconhecer que os povos antecedentes dos romanos não construíram um sistema jurídico devido, somente, ao fato de não terem construído uma teoria sobre o fenômeno jurídico.¹² Nem se poderia também exigir deles que o fizessem em razão de, sobretudo, dois fatores: sua concepção de direito não tinha amadurecido como a dos romanos, que apareceram séculos depois, e tampouco lhes foi possibilitado ter uma visão cosmopolita do direito, em razão do menor contato com outros povos, ao passo que Roma, à medida que conquistava as nações, estudava-lhes a cultura, “absorvendo” e “filtrando” o que lhe aprouvesse, chegando a dominar, em meados do primeiro milênio, quase todos os povos da Mesopotâmia e o Egito.

É, portanto, nítida a idéia de que já havia, antes do direito romano, esparsas pelos variados continentes, noções de direito. Não passa de mera etnológica a idéia de que o direito dos brancos europeus seja universal, geral e único.¹³

Para o historiador do direito Gilissen, por exemplo, o mais antigo sistema jurídico desenvolvido da história da humanidade, e, portanto primeiro, é o egípcio, da época compreendida entre a III e V dinastia (séculos XXVIII-XXV).¹⁴

11 SALDANHA, Nelson. **Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1987, p.111.

12 Ressalte-se que há quem diga que “além dos sumérios terem construído textos legais chegaram a constituir coleções jurídicas escritas em sua língua e traduzidas para o idioma acádio. Dessas coleções destaca-se a de Ana Ittishu que continha artigos de lei com comentários doutrinários destinados ao ensino do direito para estudantes, bem como para manuseio de juizes e escribas. [...] Ainda quanto à existência da doutrina suméria, autores especializados registram que no período pré-romano foram sim escritos trabalhos doutrinários, contudo, infelizmente, a maioria deles não chegou até nós.” Data da Suméria o primeiro registro de jurisprudência da História, aproximadamente no ano de 1850 a.C. Há quem afirme até que havia certo grau de cientificidade no método processual sumério. (PIMENTEL, A. F. Op. Cit. p. 58 e 62-65.)

13 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1999, p.23

14 GILISSEN, Op. Cit., p.54

Então, esse é o momento crucial do princípio da história do direito, divergindo-se do que é ensinado, preponderantemente na graduação, pela doutrina mais conservadora e majoritária (monogênese).

2 Evolução histórica do direito e da técnica processual nas sociedades pretéritas à Roma

Nesta parte do presente trabalho, atentar-se-á para a evolução histórica do direito construindo-se também comentários acerca dos primeiros resquícios da técnica processual, que, aliás, estão intimamente interligados. No que tange ao direito pré-histórico, não se tecerão maiores comentários, pois escapa quase que inteiramente ao conhecimento da ciência, em razão das escassas fontes nas quais se basear. No entanto é certo que esse momento da construção jurídica não pode ser desprezado pelos estudiosos, o que, infelizmente, ocorre recorrentemente. Outro ponto que será abordado, no presente item, é a negativa da teoria, *data vênia*, da monogênese, segundo a qual o surgimento do direito ocorreu em Roma.

No que concerne à evolução supra-referida, buscar-se-á desde os mais remotos tempos, antes mesmo da escrita, passando à história, propriamente dita, do direito, com os egípcios, mesopotâmios e encerrando com os gregos.

O direito, como se pôde inferir, antecede até mesmo sua história. Esse esclarecimento, a princípio, pode parecer acéfalo no entanto não o é. O entendimento é simples. Como a história do direito somente advém com a escrita e o direito nasce em tempos muito longínquos, antes mesmo da escrita, a dedução é lógica. O direito, em sua pré-história tem origens em grupos humanos primitivos quando coletivizavam-se, tinham como núcleo a família e viviam em tribos¹⁵.

15 OTHON SIDOU, J. M. apud. PIMENTEL, A. F. Op. Cit. p. 45.

Com estudos a partir de fontes escritas, portanto, já na história do direito, constatou-se que o embrião do direito, semelhante ao atual, consiste nas decisões judiciais. Estas decisões, as quais eram embasadas em costumes locais, tinham força vinculativa não podendo os juízes julgar em desconformidade com as mesmas. O processo do qual irradiavam essas decisões é o denominado por Miguel Reale de costumeiro, pois as normas jurídicas que restringiam os magistrados eram muito primitivas, assim como também as não-jurídicas, e nasciam em meio social desordenado, confuso. Era uma mistura de usos e costumes.¹⁶

Progressivamente, com o advento da escrita e da maior organização política das sociedades, o governante (teocrata) passou a reunir, em um só corpo, as decisões, dando-lhes força geral e abstrata. Esse plexo de regras, antes sentenças proferidas em casos concretos, é o que se conhece hoje por códigos. Procede daí a idéia da codificação de normas.

Com isso exposto, vale a afirmação de Sidou, o qual leciona que das normas concretas individuais (sentenças), portanto, provém o fenômeno da feitura de norma legal. A origem do direito reside no processo.¹⁷ Esse é um entendimento lógico-refratário, o qual leva à crença na idéia de que a fonte primária do direito é de natureza processual, a saber, a sentença.

No que se refere ao processo propriamente dito, assim como no direito material, a inconsistência é inexorável quando se tenta estudá-lo na Pré-história, pois não se têm fontes suficientes a ponto de pormenorizá-lo. Assim sendo, não cabe aqui fazer conjecturas sobre esse momento da linha cronológica. Cingir-se-á, destarte, ao momento a partir da História. Sabe-se, contudo, que o surgimento do processo

16 REALE, Miguel apud. PIMENTEL, A. F. Op. Cit. p. 43.

17 SIDOU apud. PIMENTEL, A. F. Op. cit. p. 42.

data de uma época anterior à escrita, logo, antes de Roma, e que não germina de modo lógico e unificado conforme propugna a doutrina da monogênese, mas sim da

procedimentalização oral decorrente da aplicação de normas jurídicas rudimentares construídas pelos núcleos familiares e tribais. A resolução de conflitos sociais perfizera-se indistintamente através de um procedimento que culminava com a edição de um juízo valorativo traduzido na sentença, que, por sua vez, exsurge como fonte primária do direito.¹⁸

Segundo estudiosos dessa seara, a época mais longínqua do processo foi a dos sumérios, que habitavam a Mesopotâmia (*mésos*, meio + *pótamos*, rio), região fértil em razão das intermitentes inundações dos rios que a rodeavam, a saber, Tigres e Eufrates, onde hoje se situa o Iraque. No que toca à escrita sumeriana, a mais antiga conhecida e a chave para grandes descobertas acerca dessa época,

constituía-se de sinais pictográficos gravados com estiletos sobre tabletes de argila úmida. Expostos ao calor do sol ou cozido a fogo, os tabletes de argila secavam e endureciam, podendo conservar-se por muitos séculos, qualidade que possibilitou *a posteriori* sua decifração por Grotefend e Rawlinson. Os sulcos se dispunham em forma de cunha, daí a denominação cuneiformica.¹⁹

Nessa época prevalecia a teocracia tendo o governante, por conseguinte, legitimidade e poderes para ditar comandos que tinham força *erga omnes*. Esse foi o momento a partir do qual teve início o processo criativo de leis²⁰ e suas respectivas codificações, tendo aquelas caráter geral e abstrato.

18 PIMENTEL, A. F. Op. cit. p. 38.

19 AQUINO, Rubim Santos Leão de; FRANCO, Denize de Azevedo; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. **História das sociedades – das comunidades primitivas às sociedades medievais**. Rio de Janeiro: Livro Técnico, 1980. p. 118-119

20 PIMENTEL, A. F., Op. cit., p. 48.

Outro ponto que corrobora a tese, segundo a qual o processo teve início na Suméria, é o fato de terem sido encontradas, pelas pesquisas arqueológicas, duas placas de argila na região da Mesopotâmia que, datam de 1850 a.C. e são autos de um processo penal, que ficou conhecido como sendo o da “esposa que não falou”²¹. Ao se estudar essas placas verificou-se a

constatação da técnica processual da autuação dos atos processuais e do encerramento da prestação jurisdicional através de uma sentença. Esse processo tornou-se muito popular na época e devido ao fato de estar esculpido em mais de uma placa constituiu e deu início a primeira jurisprudência conhecida e provada da história.²²

2.1 Do Direito Egípcio

O Egito, a despeito de não nos ter transmitido códigos e livros jurídicos, teve uma noção muito concreta e bem definida do direito, chegando John Gilissen a afirmar que foi a primeira civilização na história da humanidade que desenvolveu um sistema jurídico que pode chamar-se de individualista,²³ ou privado.

Essa sociedade, logo em seu nascedouro, assim como as demais da época, vivia sob a ótica da solidariedade ativa e passiva com noções muito incipientes de direito. É o direito conhecido por arcaico e feudal. Com o decorrer do tempo, rompeu com essa idéia, ainda, rudimentar de direito. Chegou, a partir de 3000 a.C.,

21 Esse processo versou sobre um assassinato. Três homens mataram o marido de Nin-dada. Ela não notificou as autoridades (daí a denominação esposa que não falou). Todavia o rei teve conhecimento do fato por outras vias e os três homens acusados da esposa foram processados, esta última em razão da não comunicação, uma vez que se considerou esta conduta consentânea com a de um partícipe. A assembléia de Nippur (que exercia funções típicas de um tribunal) prolatou o acórdão, inocentando a esposa e condenando os três assassinos, somente. O argumento da defesa dela foi o fato de não ser sustentada pelo marido, não tendo, então o dever de informar às autoridades. PIMENTEL, A. F. Op. cit. p. 62-63.

22 KRAMER, Samuel Noah apud. PIMENTEL, A. F. Op. cit. p. 63.

23 GILISSEN, Op. Cit. p.51

data de uma época anterior à escrita, logo, antes de Roma, e que não germina de modo lógico e unificado conforme propugna a doutrina da monogênese, mas sim da

procedimentalização oral decorrente da aplicação de normas jurídicas rudimentares construídas pelos núcleos familiares e tribais. A resolução de conflitos sociais perfizera-se indistintamente através de um procedimento que culminava com a edição de um juízo valorativo traduzido na sentença, que, por sua vez, exsurge como fonte primária do direito.¹⁸

Segundo estudiosos dessa seara, a época mais longínqua do processo foi a dos sumérios, que habitavam a Mesopotâmia (*mésos*, meio + *pótamos*, rio), região fértil em razão das intermitentes inundações dos rios que a rodeavam, a saber, Tigres e Eufrates, onde hoje se situa o Iraque. No que toca à escrita sumeriana, a mais antiga conhecida e a chave para grandes descobertas acerca dessa época,

constituía-se de sinais pictográficos gravados com estiletos sobre tabletes de argila úmida. Expostos ao calor do sol ou cozido a fogo, os tabletes de argila secavam e endureciam, podendo conservar-se por muitos séculos, qualidade que possibilitou *a posteriori* sua decifração por Grotefend e Rawlinson. Os sulcos se dispunham em forma de cunha, daí a denominação cuneifórmica.¹⁹

Nessa época prevalecia a teocracia tendo o governante, por conseguinte, legitimidade e poderes para ditar comandos que tinham força *erga omnes*. Esse foi o momento a partir do qual teve início o processo criativo de leis²⁰ e suas respectivas codificações, tendo aquelas caráter geral e abstrato.

18 PIMENTEL, A. F. Op. cit. p. 38.

19 AQUINO, Rubim Santos Leão de; FRANCO, Denize de Azevedo; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. **História das sociedades – das comunidades primitivas às sociedades medievais**. Rio de Janeiro: Livro Técnico, 1980. p. 118-119

20 PIMENTEL, A. F., Op. cit., p. 48.

Outro ponto que corrobora a tese, segundo a qual o processo teve início na Suméria, é o fato de terem sido encontradas, pelas pesquisas arqueológicas, duas placas de argila na região da Mesopotâmia que, datam de 1850 a.C. e são autos de um processo penal, que ficou conhecido como sendo o da “esposa que não falou”²¹. Ao se estudar essas placas verificou-se a

constatação da técnica processual da autuação dos atos processuais e do encerramento da prestação jurisdicional através de uma sentença. Esse processo tornou-se muito popular na época e devido ao fato de estar esculpido em mais de uma placa constituiu e deu início a primeira jurisprudência conhecida e provada da história.²²

2.1 Do Direito Egípcio

O Egito, a despeito de não nos ter transmitido códigos e livros jurídicos, teve uma noção muito concreta e bem definida do direito, chegando John Gilissen a afirmar que foi a primeira civilização na história da humanidade que desenvolveu um sistema jurídico que pode chamar-se de individualista,²³ ou privado.

Essa sociedade, logo em seu nascedouro, assim como as demais da época, vivia sob a ótica da solidariedade ativa e passiva com noções muito incipientes de direito. É o direito conhecido por arcaico e feudal. Com o decorrer do tempo, rompeu com essa idéia, ainda, rudimentar de direito. Chegou, a partir de 3000 a.C.,

21 Esse processo versou sobre um assassinato. Três homens mataram o marido de Nin-dada. Ela não notificou as autoridades (daí a denominação esposa que não falou). Todavia o rei teve conhecimento do fato por outras vias e os três homens acrescidos da esposa foram processados, esta última em razão da não comunicação, uma vez que se considerou esta conduta consentânea com a de um partícipe. A assembleia de Nippur (que exercia funções típicas de um tribunal) prolatou o acórdão, inocentando a esposa e condenando os três assassinos, somente. O argumento da defesa dela foi o fato de não ser sustentada pelo marido, não tendo, então o dever de informar às autoridades. PIMENTEL, A. F. Op. cit. p. 62-63.

22 KRAMER, Samuel Noah apud PIMENTEL, A. F. Op. cit. p. 63.

23 GILISSEN, Op. Cit. p.51

a um nível tão elevado de direito que pode ser comparado com o romano clássico²⁴.

A História deixa muito claro que o traço marcante do direito egípcio foi a natureza privada. No entanto ensina também que nada ocorre de modo linear no avançar do tempo. Não se pode se ater a uma visão estanque da História; e, por conseguinte, o historiador Jacques Pirenne, rompendo com a corrente mais tradicional, traz, sob uma ótica dinâmica, a história do direito egípcio bem como a do poder político dos faraós daquele momento.

Dado o cunho histórico-político estar intrinsecamente imbricado com o histórico-jurídico, necessária fez-se a construção de um breve comentário acerca das três fases vivenciadas pelos egípcios durante o período chamado Dinástico.

Costumeiramente, divide-se em três grandes épocas a história do período faraônico no Egito. O Antigo, o Médio e o Novo Impérios. O primeiro (3000-2300 a.C.), caracterizou-se pela fase em que o Egito ainda não era um Estado expansionista e militarista, destacando-se, as construções suntuosas das pirâmides e etc. Não foi uma época caracterizada pela maior organização estatal²⁵.

O Médio Império (2050-1750 a.C.), cujo marco inicial consiste na invasão dos nômades dos desertos vizinhos, foi selado pelo enfraquecimento do Faraó. Aos poucos, seu poder foi sendo minado pelos nomarcas (chefes dos nomos, reunião de comunidades de aldeias, as quais formavam clãs) que acumularam uma quantidade de riquezas cada vez maior e aumentaram suas posses às custas das terras dos nomos. Esse poder era herdado pelos filhos que passaram a exercer, progressivamente, um domínio político mais efetivo. Ao mesmo tempo, as massas camponesas e os trabalhadores escravos se rebelaram contra

²⁴ Ibidem, p.51-52

²⁵ AQUINO, R. S. L., de; DENIZE de Azevedo Franco e OSCAR Guilherme Pahl Campos Lopes. Op. Cit, p. 98-100.

a aristocracia em razão das condições de vida cada vez mais difíceis. Por fim, ainda no Médio Império, em 1750 a.C. os hicsos, povo de origem asiática, invadiram o Egito, passando a cobrar tributos²⁶.

O Novo Império (1580-1080) tem início com a reação aos invasores e a conseqüente unificação do país. Os faraós cercaram-se de uma nova aristocracia, constituída de chefes militares, a quem foram concedidas grandes propriedades territoriais e escravos, como recompensa pela participação na expulsão dos hicsos. Os sacerdotes, os quais cultuavam Amon (principal deus egípcio, pois eram politeístas), passaram a ocupar uma alta posição no Estado e acumularam grande riqueza, provenientes sobretudo, das doações reais aos templos. O novo império, destarte, é considerado como o período de maior esplendor e riqueza da história do Egito.²⁷

No que diz respeito ao direito, guiar-se-á o autor pela divisão adotada pelo historiador. Jacques Pirenne, que enquadra o direito egípcio em cada uma das fases brevemente comentadas nos parágrafos anteriores e, a partir de um estudo do momento histórico vivenciado pelo Egito na respectiva época, explica-o com uma relativa alternância em virtude do dinamismo da história.

Concernente ao Antigo Império, o traço distintivo sedimentado é o direito individualista, assemelhado ao estado jurídico romano dos séculos II e III d.C.: um indivíduo isolado em face do poder, sem grupos ou hierarquias intermédias, possuindo uma liberdade real para dispor de sua pessoa e de seus bens. Nessa época, todo poder pertencia ao rei (faraó), que governava com os seus funcionários, inexistindo a nobreza feudal²⁸.

Os tribunais eram organizados pelo rei, o processo era já escrito, pelo menos parcialmente, e junto de cada tribunal situava-se uma chancelaria

²⁶ Ibidem, p. 98-100.

²⁷ Ibidem, p. 98-100.

²⁸ GILISSEN, Op. Cit. p.54

a um nível tão elevado de direito que pode ser comparado com o romano clássico²⁴.

A História deixa muito claro que o traço marcante do direito egípcio foi a natureza privada. No entanto ensina também que nada ocorre de modo linear no avançar do tempo. Não se pode se ater a uma visão estanque da História; e, por conseguinte, o historiador Jacques Pirenne, rompendo com a corrente mais tradicional, traz, sob uma ótica dinâmica, a história do direito egípcio bem como a do poder político dos faraós daquele momento.

Dado o cunho histórico-político estar intrinsecamente imbricado com o histórico-jurídico, necessária fez-se a construção de um breve comentário acerca das três fases vivenciadas pelos egípcios durante o período chamado Dinástico.

Costumeiramente, divide-se em três grandes épocas a história do período faraônico no Egito. O Antigo, o Médio e o Novo Impérios. O primeiro (3000-2300 a.C.), caracterizou-se pela fase em que o Egito ainda não era um Estado expansionista e militarista, destacando-se, as construções suntuosas das pirâmides e etc. Não foi uma época caracterizada pela maior organização estatal²⁵.

O Médio Império (2050-1750 a.C.), cujo marco inicial consiste na invasão dos nômades dos desertos vizinhos, foi selado pelo enfraquecimento do Faraó. Aos poucos, seu poder foi sendo minado pelos nomarcas (chefes dos nomos, reunião de comunidades de aldeias, as quais formavam clãs) que acumularam uma quantidade de riquezas cada vez maior e aumentaram suas posses às custas das terras dos nomos. Esse poder era herdado pelos filhos que passaram a exercer, progressivamente, um domínio político mais efetivo. Ao mesmo tempo, as massas camponesas e os trabalhadores escravos se rebelaram contra

²⁴ Ibidem, p.51-52

²⁵ AQUINO, R. S. L. de; DENIZE de Azevedo Franco e OSCAR Guilherme Pahl Campos Lopes. Op. Cit, p. 98-100.

a aristocracia em razão das condições de vida cada vez mais difíceis. Por fim, ainda no Médio Império, em 1750 a.C. os hicsos, povo de origem asiática, invadiram o Egito, passando a cobrar tributos²⁶.

O Novo Império (1580-1080) tem início com a reação aos invasores e a conseqüente unificação do país. Os faraós cercaram-se de uma nova aristocracia, constituída de chefes militares, a quem foram concedidas grandes propriedades territoriais e escravos, como recompensa pela participação na expulsão dos hicsos. Os sacerdotes, os quais cultuavam Amon (principal deus egípcio, pois eram politeístas), passaram a ocupar uma alta posição no Estado e acumularam grande riqueza, provenientes sobretudo, das doações reais aos templos. O novo império, destarte, é considerado como o período de maior esplendor e riqueza da história do Egito.²⁷

No que diz respeito ao direito, guiar-se-á o autor pela divisão adotada pelo historiador. Jacques Pirenne, que enquadra o direito egípcio em cada uma das fases brevemente comentadas nos parágrafos anteriores e, a partir de um estudo do momento histórico vivenciado pelo Egito na respectiva época, explica-o com uma relativa alternância em virtude do dinamismo da história.

Concernente ao Antigo Império, o traço distintivo sedimentado é o direito individualista, assemelhado ao estado jurídico romano dos séculos II e III d.C.: um indivíduo isolado em face do poder, sem grupos ou hierarquias intermédias, possuindo uma liberdade real para dispor de sua pessoa e de seus bens. Nessa época, todo poder pertencia ao rei (faraó), que governava com os seus funcionários, inexistindo a nobreza feudal²⁸.

Os tribunais eram organizados pelo rei, o processo era já escrito, pelo menos parcialmente, e junto de cada tribunal situava-se uma chancelaria

²⁶ Ibidem, p. 98-100.

²⁷ Ibidem, p. 98-100.

²⁸ GILISSEN, Op. Cit. p.54

encarregada da conservação dos atos judiciais e dos registros de estado civil. A lei, que passara a ser a fonte primária do direito, já havia suplantado os costumes, característica marcante no período da predominância dos *nomos*. A noção do princípio da igualdade já pairava nesse momento da História. Chega a afirmar Gilissen que todos os habitantes eram iguais perante o direito: nem nobreza privilegiada, nem servos, nem escravos privados. Entretanto os prisioneiros de guerra eram utilizados pelo Estado nas obras públicas e nas minas em situação semelhante à escravatura. Marido e mulher também eram colocados em pé de igualdade. Não havia qualquer autoridade marital, nem tutela da mulher. As mulheres, mesmo casadas, podiam dispor de seu patrimônio próprio, por doação ou por testamento. A instituição do casamento já era conhecida e monogâmica, aliás, com exceção do faraó. No que tange aos filhos, assim como os cônjuges, encontravam-se em situações iguais não importando ser homem ou mulher ou primogênito ou não. A liberdade para testar era completa salvo a reserva hereditária dos filhos. Relativamente aos bens, seja imóvel ou móvel, estavam todos susceptíveis à alienação, repercutindo na grande mobilidade dos mesmos, ou seja, grande circulação de riquezas. A pequena propriedade prosperava em detrimento dos grandes domínios. Os contratos, por sua vez, eram muito desenvolvidos: conservavam-se atos de venda, de arrendamento, de doação, de fundação e a figura do contrato perpétuo não era lícita.²⁹

Tendo esses fatos em mente pode-se, com convicção, afirmar que o sistema jurídico era bastante desenvolvido no Egito, desde o Antigo Império, e que esse avanço era, indubitavelmente, tocante ao direito privado. Válida é a ressalva, a propósito, de que não se pode afirmar que o direito surge em Roma. Em se considerando tal entendimento, estar-se-ia a elidir todo esse sistema jurídico vivenciado séculos antes.

²⁹ *Ibidem*, p.54-55

Subseqüentemente a esse momento, a realidade egípcia começa a se deslocar, ainda no Antigo Império, para um regime senhorial. Nessa época, forma-se uma oligarquia social baseada numa nobreza sacerdotal e o desenvolvimento da hereditariedade dos cargos e das diversas formas de imunidade. Ocorre que, com isso, há um reforço do poder paternal e marital, desigualdade no domínio das sucessões pela introdução do direito de primogenitura e do privilégio da masculinidade. A economia torna-se fechada e as províncias se separam do poder central. O declínio é geral. No Egito instala-se um feudalismo que durará séculos, ressalvadas, somente, algumas poucas cidades do Delta que ainda se conservam.³⁰

Após esse momento feudal vivido no fim do Antigo Império, o Egito volta a crescer do ponto de vista da organização estatal. É o período do Médio Império. Quem revoluciona, revolvendo a situação até então vivenciada pelo país (esfacelamento político-social-econômico), é a XII dinastia, ao centralizar o poder. Nesse instante, inaugural do Médio Império, os egípcios começam a se reorganizar. Todavia, essa centralização do poder e o conseqüente renascimento do direito individualista são barrados pela invasão dos hicsos³¹.

O período de invasão do povo de origem asiática é de aproximadamente 170 anos (1750 a.C. - 1580 a.C.) que foi marcado pela decadência e exploração egípcia. Somente com a expulsão dos hicsos, na XVIII dinastia, reencontra o Egito um sistema jurídico que se assemelha ao do Antigo Império, tanto no domínio do direito público como no do direito privado. Caracterizava-se pela preponderância da lei, igualdade jurídica dos habitantes, desaparecimento da escravidão, igualdade dos filhos e das filhas, liberdade de testar, etc. Esse sistema entra em colapso, no entanto, no século XII, quando o Egito atravessa mais uma fase senhorial que se estenderá até 700 a.C., sob a influência do

³⁰ *Ibidem*, p.55.

³¹ *Ibidem*, p.55.

clero (estratificação social crescente na época) e em razão de novas invasões.³²

É nesse período que começa a se formar a nova aristocracia (clero e sacerdotes), referida no parágrafo relativo à história e é, também, sob esse cenário que o teocrata, cercado da mesma, por sinal muito poderosa, passa a governar. Jacques Pirenne denomina esse momento de terceiro ciclo ascendente da evolução do direito egípcio. É um momento de prosperidade, é o Novo Império. O Egito se organiza e passa, inclusive, a “conquistar faixas protetoras: apoderando-se, então, das riquezas das regiões sírio-fenícias. Os reis chegaram a um imperialismo, fonte de glória e de lucros.”³³

Uma primeira manifestação do novo paradigma foi uma renovação no código de Bócoris, rei da cidade marítima de Sais, em cerca de 720 a.C: as tenências desaparecem, a escravidão por dívidas é suprimida, a mulher adquire completa capacidade jurídica, a igualdade dos filhos e das filhas é assegurada em matéria de sucessão. Mas esse sistema ainda é limitado a algumas cidades do Delta. Já no fim do Novo Império, pouco antes da invasão persa seguida da romana, esse sistema jurídico sucumbe, em razão da vitória do rei Psamético, sob o poder e influência, até então excessivamente forte, do clero. É na dinastia XXVI que se instala um novo tipo de direito privado individualista e de poder centralizado e forte, que passa a ser enfraquecido pelas pressões da aristocracia. Com as ocupações do fim do Novo Império, é a vez desse novo sistema entrar em dessuetude, de modo parcial, exercendo, contudo, *a posteriori*, influência considerável sobre o direito helenístico e romano.³⁴

32 Ibidem, p.56.

33 PETIT, P. apud. AQUINO, R. S. L, de; DENIZE de Azevedo Franco e OSCAR Guilherme Pahl Campos. Op. Cit., p.100.

34 GILISSEN, Op. Cit. p.56

2.2 Dos Direitos Cuneiformes e das Primeiras Recolhas da História

Quando se fala em direitos cuneiformes não se pode ter em mente uma idéia de um determinado povo especificamente. A noção de cuneiforme deriva da escrita que era comum a várias nações. “Dá-se o nome de direitos cuneiformes ao conjunto dos direitos da maior parte dos povos do Próximo Oriente da antiguidade, que se serviam de um processo de escrita em forma de cunha ou prego”.³⁵

Como foi dito, o direito cuneiforme é uma condensação dos direitos dos povos que viviam em diversas regiões e tinham aspectos comuns em virtude, justamente, da proximidade cultural. Pode-se elencar as seguintes localidades inseridas nessa relativa unidade: Suméria, Acádia, Babilônia, Assíria, Mitanni, Urartu e também os centros mais próximos do Mediterrâneo como Alalakh e Ugarit. Mais ao norte, onde hoje se encontra a Turquia, formou-se o vasto reino dos Hititas.³⁶

Esse período foi de muita “turbulência” no que tange à organização político-jurídica desses povos. A história, e como consectário, o direito desses povos é muito complexo, crescendo-se, ademais, o pouco conhecimento dessa evolução pelos historiadores do direito. A arqueologia só permite a reconstrução de algumas fases da linha cronológica.³⁷

Concernentemente, por outro lado, agora, à codificação dos direitos desses povos, não se pode olvidar que o requisito primaz do seu surgimento foi o da centralização do poder.

35 Ibidem, p.58

36 Ibidem, p.58.

37 Ibidem, p.60.

clero (estratificação social crescente na época) e em razão de novas invasões.³²

É nesse período que começa a se formar a nova aristocracia (clero e sacerdotes), referida no parágrafo relativo à história e é, também, sob esse cenário que o teocrata, cercado da mesma, por sinal muito poderosa, passa a governar. Jacques Pirenne denomina esse momento de terceiro ciclo ascendente da evolução do direito egípcio. É um momento de prosperidade, é o Novo Império. O Egito se organiza e passa, inclusive, a “conquistar faixas protetoras: apoderando-se, então, das riquezas das regiões sírio-fenícias. Os reis chegaram a um imperialismo, fonte de glória e de lucros.”³³

Uma primeira manifestação do novo paradigma foi uma renovação no código de Bócoris, rei da cidade marítima de Sais, em cerca de 720 a.C: as tenências desaparecem, a escravidão por dívidas é suprimida, a mulher adquire completa capacidade jurídica, a igualdade dos filhos e das filhas é assegurada em matéria de sucessão. Mas esse sistema ainda é limitado a algumas cidades do Delta. Já no fim do Novo Império, pouco antes da invasão persa seguida da romana, esse sistema jurídico sucumbe, em razão da vitória do rei Psamético, sob o poder e influência, até então excessivamente forte, do clero. É na dinastia XXVI que se instala um novo tipo de direito privado individualista e de poder centralizado e forte, que passa a ser enfraquecido pelas pressões da aristocracia. Com as ocupações do fim do Novo Império, é a vez desse novo sistema entrar em dessuetude, de modo parcial, exercendo, contudo, *a posteriori*, influência considerável sobre o direito helenístico e romano.³⁴

32 Ibidem, p.56.

33 PETIT, P. apud. AQUINO, R. S. L. de; DENIZE de Azevedo Franco e OSCAR Guilherme Pahl Campos. Op. Cit., p.100.

34 GILISSEN, Op. Cit. p.56

2.2 Dos Direitos Cuneiformes e das Primeiras Recolhas da História

Quando se fala em direitos cuneiformes não se pode ter em mente uma idéia de um determinado povo especificamente. A noção de cuneiforme deriva da escrita que era comum a várias nações. “Dá-se o nome de direitos cuneiformes ao conjunto dos direitos da maior parte dos povos do Próximo Oriente da antiguidade, que se serviam de um processo de escrita em forma de cunha ou prego”.³⁵

Como foi dito, o direito cuneiforme é uma condensação dos direitos dos povos que viviam em diversas regiões e tinham aspectos comuns em virtude, justamente, da proximidade cultural. Pode-se elencar as seguintes localidades insertas nessa relativa unidade: Suméria, Acádia, Babilônia, Assíria, Mitanni, Urartu e também os centros mais próximos do Mediterrâneo como Alalakh e Ugarit. Mais ao norte, onde hoje se encontra a Turquia, formou-se o vasto reino dos Hititas.³⁶

Esse período foi de muita “turbulência” no que tange à organização político-jurídica desses povos. A história, e como conseqüência, o direito desses povos é muito complexo, crescendo-se, ademais, o pouco conhecimento dessa evolução pelos historiadores do direito. A arqueologia só permite a reconstrução de algumas fases da linha cronológica.³⁷

Concerentemente, por outro lado, agora, à codificação dos direitos desses povos, não se pode olvidar que o requisito primaz do seu surgimento foi o da centralização do poder.

35 Ibidem, p.58

36 Ibidem, p.58.

37 Ibidem, p.60.

O poder do governante, na Antiga Suméria, era exercido pelo chefe-guerreiro. Em seguida veio à tona a idéia da teocracia, segundo a qual o monarca governava sob os ditames divinos. Nesse momento, o teocrata reunia todo poder em si, era uma absoluta centralização. Com o passar do tempo, tendo a estrutura societária evoluído atrelada à crescente força dos órgãos judiciários, a noção de poder divino sucumbe. Nesse momento a Suméria passa por um processo de laicização, até que os próprios reis passam a promulgar leis, ao passo que anteriormente eram ditadas, através deles, pelas divindades. O pontapé inicial, destarte, da normatização, foi a centralização do poder, momento a partir do qual se começou a criar comandos gerais e abstratos oriundos de decisões pretéritas em casos concretos (sentenças)³⁸.

Inesquecível é a sábia lição de John Gilissen no que tange à confusão que se faz em denominar as recolhas de códigos.

Chama-se-lhes geralmente códigos, erradamente, aliás, pois não contém senão um pequeno número de disposições (30 a 60 artigos), relativas a questões de detalhe, e não uma exposição sistemática e completa do direito ou uma parte do direito. São antes recolhas de textos jurídicos agrupados de uma maneira que parece ilógica, mas seguindo aquilo que parece ser o mecanismo instintivo da associação de idéias. Estes textos não parecem ter sido leis, mas antes, como lhes chama o Código de Hammurabi, *dinát misbarim*, ou seja, julgamentos de direito, ensinamentos indicando o caminho aos juízes. Cada frase, geralmente breve, diz respeito a um caso concreto e dá a solução jurídica; a maior parte começa por uma expressão equivalente à expressão latina *si quis* (se alguém...), situando a formulação a meio caminho entre o concreto e o abstrato. Mas as recolhas de direito cuneiformes não conhecem qualquer sistematização do direito, qualquer doutrina jurídica.³⁹

Tangente às recolhas, as de origens mais remotas são as da Ásia Menor, uma vez que dessa localidade é que são os documentos mais

38 PIMENTEL, A. F. Op. cit. p. 49.

39 GILISSEN, Op. Cit. p.61.

antigos do mundo. Foi encontrada, especificamente, a maior parte, na Suméria. O primeiro “código” de que se tem notícia é o de Shulgi que governou de 2094 a 2047 a.C. e foi descoberto em 1981. Essa recolha é o monumento legislativo mais antigo da História, contendo normas jurídicas bastante semelhantes às atualmente conhecidas. Um exemplo que se pode dar era o dever de indenização para aquele que fraturasse o pé ou um osso, fazendo uso de arma, de outrem.⁴⁰

Essa recolha continha normas das mais diversas naturezas, a saber, penal, familiar, agrária, processual. Logo em seus arts. 1º e 2º impõe pena de morte a quem cometer homicídio ou atos de bandidagem. No 3º há um instituto semelhante à liberdade provisória, mediante o pagamento de 15 GÍN de prata. Regulou ainda o divórcio e continha causa de exclusão de antijuridicidade. Em relação ao processo, havia duas regras, a imputação de penalidade em dinheiro para a testemunha que mentisse (art. 27) e outra, que a complementava, dizendo que se um homem comparecesse em juízo como testemunha e se recusasse a prestar juramento, deveria indenizar a parte prejudicada naquilo que fosse o objeto do próprio processo.⁴¹ Esse “código” foi amplamente aplicado nas Cidades-Estados e teve uma vigência muito duradoura, chegando a ter artigos copiados no código de Hamurabi.⁴²

O segundo “código” da história foi construído por Lipit-Ishtar, o quinto soberano da dinastia de Isin (cidade-estado da Suméria). Possuía uma parte de seus artigos em sumério e outra em acádio. Foi a partir dele que se reconheceu o direito dos mais pobres, tendo sido “escrito numa estela de pedra e copiado em várias tablitas de argila para uso dos escribas e estudantes”⁴³. Em seu epílogo vem registrado o desejo do rei em realizar a justiça, herança da fama de seu pai, Ishme-Dagan, que era

40 Ibidem, p.64.

41 LARA PEINADO E LARA GONZÁLES apud. PIMENTEL, A. F. Op. Cit. p. 55.

42 PIMENTEL, A. F. Op. cit. p. 55.

43 LARA PEINADO E LARA GONZÁLES apud. PIMENTEL, A. F. Op. Cit. p. 57.

conhecido como o rei que abatia o ódio e a maldade e se considerava o fundador da Justiça.⁴⁴

Nessa recolha se regulou a pena de morte, o dever de indenizar no caso de afundamento das embarcações, relações de direito agrário, relação entre senhor e escravo. Relativamente à posse e propriedade, criou-se a noção da transmissão por herança (art.22). O nascimento da usucapião também é dessa época, esculpido no art. 23. Além dessas características, foram regulados, também, no âmbito do direito de família, o abandono de lar, as novas núpcias, etc...⁴⁵

Para finalizar, não se pode elidir o Código de Hamurabi em razão da sua grande expressão e riqueza no detalhamento estampado em seus 282 artigos. Foi escrito no momento de apogeu do direito cuneiforme, pelo então rei da Babilônia, Hamurabi. Há, na estela, a figura do rei recebendo do deus do sol Schamasch (Samas) os 282 artigos denotando sua recorribilidade às divindades com o fim de legitimar o exercício do poder.⁴⁶ Hamurabi ou Kamu-Rabi reunificou a Mesopotâmia, invadida pelos semitas amorreus, e criou um Estado despótico.

Essa centralização ocorreu no âmbito administrativo, religioso e, sobretudo, jurídico. A unificação do direito e do Estado era necessária para a manutenção da ordem e isso somente seria alcançado com um governo de pulso severo. Essa severidade verificou-se, por exemplo, na aplicação das penas do código.⁴⁷

A aplicação das penas oscilava em razão da posição social do apenado e da vítima. O art. 196 dizia: se um homem destruiu o olho de outro homem, destruirão o seu. Já o art. 198 afirmava que se destruiu

44 LARA PEINADO E LARA GONZÁLES apud. PIMENTEL, A. F. Op. cit. p. 54.

45 LARA PEINADO E LARA GONZÁLES apud. PIMENTEL, A. F. Op. cit. p. 54.

46 ALTAVILA apud. PIMENTEL, A. F. Op. cit. p. 59.

47 PIMENTEL, A. F. Op. cit. p. 59.

o olho de um homem vulgar ou quebrou seu osso, passará uma mina de prata.⁴⁸

Infer-se, portanto, a presença duma sociedade estratificada com privilégios e característica de “olho por olho, dente por dente”. Tangente ao direito privado, no referido código, houve um grande salto, apresentando um desenvolvido sistema jurídico. Tratou da compra e venda, arrendamento, depósito, empréstimo a juros etc... Houve, ademais, uma preocupação com normas procedimentais, que se propagou durante essa época, por sinal, contaminando, bem depois, as leis das XII Tábuas.⁴⁹

Nesse código havia sistematização e era dividido em 18 capítulos. A severidade era marca evidente. A título de exemplo, no art. 3º havia a previsão de pena de morte para quem descumprisse o dever de testemunhar em juízo a verdade sobre os fatos.⁵⁰ Um fato curioso era que a função jurisdicional era, já, exercida por órgãos colegiados. Essa previsão é deduzida pela literalidade do fim do art.5º. “[...] além disso fa-lo-ão levantar-se de seu trono de juiz na assembléia e não tornará a sentar-se com os juízes em um processo.”⁵¹

Quanto ao legado deixado pelo código em relação ao processo, merecem destaque: o rei era a última instância quando o réu fosse condenado à pena de morte; os juízes eram nomeados pelo rei, exercendo a função delegada e com caráter itinerante; havia um alto número de processos, pois o acesso à justiça era facilitado; e os termos processuais eram lavrados em tábuas de argila por meio de caracteres em formato de cunha.⁵²

48 *Ibidem*, p. 59.

49 *Ibidem*, p. 60.

50 *Ibidem*, p. 60.

51 *Ibidem*, p. 61.

52 SIDOU, Apud. PIMENTEL, A. F. Op. cit. p. 61.

2.3 Do Direito Grego

Ao se falar em Grécia, impossível é a concepção de unidade. Na seara jurídica, também, é inconcebível. Não havia um direito genérico em todas as Cidades-Estado. Ao contrário, em função da inexistência de unidade política na história da Grécia, existia, pode-se afirmar, vários direitos gregos⁵³.

Do ponto de vista histórico, propriamente dito,

tradicionalmente os estudiosos de história dividem em quatro grandes fases a história da Grécia antiga: período homérico, com a chegada e a conquista pelos aqueus, os jônios e os dórios, respectivamente, de Micenas, Tróia e Creta; período arcaico (séc. VIII a.C. – séc.V a.C.), com o surgimento das primeiras cidades que, pouco a pouco, transformaram-se nas famosas Cidades-Estado, a saber, Atenas, Tebas, Esparta, Mileto, etc; período clássico (séc. V a IV a.C.), destacando os governos de Clístenes e de Péricles. É a fase áurea da história da Grécia Antiga; período helenístico, em que o mundo grego ficou sob o domínio dos reis Felipe II e seu filho, o famoso Alexandre, O Grande.⁵⁴

A origem da civilização grega se deu em Creta por volta de XX a.C. Essa ilha foi, *a posteriori*, dominada pela Micênia que, por sua vez, o foi pelos dórios. Essas instabilidades políticas e outras de natureza cultural fizeram com que, no surgimento das cidades, houvesse uma ausência de uniformidade político-jurídica. O resultado foi, como dito, a heterogeneidade. Um exemplo foi a tendência à adoção do sistema de governo monocrático na Macedônia, em contraposição à democracia, sistema adotado por Atenas.⁵⁵

Há aproximadamente 3000 a.C. a Grécia teve o início de sua ocupação com a migração dos mesopotâmicos. Paulatinamente, chegaram os de

53 PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em história**. 5ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.92.

54 CHAUI, Marielena apud. PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em história**. 5.ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.92.

55 PEDROSA, Ronaldo Leite. Op. cit. p.92.

origem asiática inserindo-se na costa do mar Egeu, juntamente com os jônios. Os aqueus e eólios, por sua vez, vieram por último dentre os indo-europeus, por volta de mil anos depois.⁵⁶

Atenas, Cidade-Estado ínsita no grupo das mais evoluídas, conseqüência da posição geográfica privilegiada (litorânea), tornou-se um pólo comercial gigantesco que atraía comerciantes de todo o mundo. Esparta, por seu turno, Cidade-Estado, também, de grande destaque, passa por um processo de fechamento em torno de si mesma.⁵⁷

Não se pode esquecer que afora os embates exteriores, a história da Grécia ficou, também, marcada, pelas disputas intraterritoriais. Para exemplificar temos a Guerra do Peloponeso e a de Tróia.⁵⁸

Já no fim de sua hegemonia, a Grécia, então, passa pelo domínio de vários povos, dentre os quais estão os persas. Atenas consegue, ainda, se reerguer e derrotar os invasores, obtendo a independência de volta. Todavia, em 150 a.C. o império romano a conquista, mas não, felizmente, suprime sua riquíssima cultura.⁵⁹

Na perspectiva do direito grego, o maior legado deixado foi no campo do direito público. Recentemente descobriu-se, através da arqueologia, a existência de leis referentes às sucessões sem testamento.⁶⁰

A mitologia foi um aspecto muito forte da cultura do povo em comento.

Ela representa, assim como a filosofia, um marco transcendental da cultura. [...] traduz uma, aliás, forma de revelação da verdade. [...] Enquanto a ciência nos mostra a realidade através de provas concretas,

56 *ibidem*, p.96.

57 *ibidem*, p. 97.

58 *ibidem*, p. 98.

59 *ibidem*, p. 98.

60 *ibidem*, p.93.

o mito exhibe a crença, independentemente de prova científica, na qual baseamos nossas convicções.⁶¹

A título de elucidação é possível se exemplificar o ato do casamento como prova desse liame do qual se falou.

consistia num ritual complexo e extremamente formalista, a todo momento invocado os deuses e a permissão divina. No lar paterno, com a reunião da noiva, do noivo e das testemunhas, o pai autorizava a filha, após sacrifícios e oferendas específicas, a sair de sua casa e ingressar na do noivo.⁶²

É de grande valia, ademais, a informação de que a noção de Constituição remonta aos tempos da Grécia Antiga. Preleciona Ronaldo Leite Pedrosa,

vigoravam, nas Cidades-Estado gregas, um conjunto de tradições, costumes, e estatutos que, reunidos, formavam o que os gregos entendiam como constituição. Quando esse emaranhado de normas tornava-se complexo e não atendia aos anseios da classe dominante, eram convidados sábios para escreverem um texto que colocasse de maneira mais organizada e atualizada a constituição.⁶³

Mais adiante o professor continua relatando alguns casos de leis esparsas pela Grécia Antiga, são elas: acerca do divórcio, em Creta “se marido e mulher se divorciam, a mulher conservará a propriedade que trouxe consigo, e metade do rendimento, se este for oriundo de sua propriedade, e ainda metade de seu dote, qualquer que seja ele”.⁶⁴ Ainda em Creta, os conflitos, entre associados para uma finalidade, eram dirimidos assim:

61 Ibidem, p. 93.

62 Ibidem, p. 94.

63 Ibidem, p. 99.

64 Ibidem, p. 108.

se alguém tratou sociedade para um empreendimento e não remunerou seus sócios, o juiz decidirá de acordo com os testemunhos – em casos de disputas por cem estáteres, mediante três testemunhas adultas; no caso de disputas com valores menores, até dez estáteres, mediante duas testemunhas; sendo inferior, uma testemunha. Mas se não houver testemunhas, como quer que o queixoso reclame, aparecendo o empreendedor responsável pelo trato para juramento.⁶⁵

Ressalte-se que salta aos olhos a natureza processual dessa norma. Os gregos tinham, também, outros dispositivos dessa índole. *Verbis gratia* em Atenas havia legislação referente à maneira como se postular a herança. Havia também o instituto da prescrição, entre outros.⁶⁶

Para finalizar, esses são alguns exemplos de penalidades para os casos de roubo em Atenas no séc. VI a.C.: “se o bem roubado for recuperado, o valor da penalidade deverá se o dobro do bem; não sendo recuperado, será dez vezes maior, além da punição legal. O ladrão deve ser mantido no pelourinho por cinco dias e cinco noites, se o tribunal decidir impor uma pena adicional. Aquele que desejar poderá propor a pena adicional, quando a questão for levantada.”⁶⁷

65 Ibidem, p. 108.

66 Ibidem, p. 108.

67 Ibidem, p. 109.

Historical Evolution of the Lawsuit: from its appearance in the pre-history, until Rome

Abstract

This article focus on the study of a new paradigm, the heterogeneous birth of the Law with the primary source is the process. The main goal of this work is to divulge the heterogeneous birth and eliminate the connection between the Law's birth and Rome. To build this work was necessary, especially, the reading of books, that was taken by the author. It should be emphasized that due to the small doctrinaire acceptance of the thesis defended the literature is rather sparse. The work is divided into the following parts: 1)

basic considerations and break out with the traditional doctrine of monogenesis the Law and 2) the historical development of technical and procedural law in societies before Rome. It is, finally, concluded that the Law/Process was not born in a homogeneous way in Rome, but in prehistory times, and can not prosper the predominant doctrine of Monogenesis.

Key-words: Law. Lawsuit. Heterogenesis. Monogenesis.

Referência deste artigo

SENA, Bruno de Araújo. Evolução histórica do processo: Do seu surgimento, na pré-história, à roma. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 157-180, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 22 jan. 2009.

Dos procedimentos relativos aos Processos Cíveis e Criminais de competência dos Juizados (varas) de violência doméstica e familiar contra a mulher

Clécio Camêlo de Albuquerque

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – Faculdade de Direito do Recife – UFPE.
Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Resumo

Não incide a Lei 9.099/95 sobre os processos em trâmite nos Juizados criados em decorrência da Lei Maria da Penha. Os processos criminais seguem os ritos ordinário, sumário ou especial, conforme o CPP. Em consequência, os recursos cabíveis contra as decisões são RESE, apelação etc. Aos processos de natureza cível, especialmente as medidas protetivas de urgência (artigos 22 a 24, da Lei 11.340/06), aplicam-se os

procedimentos do Código de Processo Civil, especialmente as normas que regulam o processo cautelar. Dessa forma, os recursos incidentes à espécie são tipificados no CPC, cabendo aos órgãos fracionários dos tribunais de justiça seu julgamento.

Palavras-chave: Juizados. Lei Maria da Penha. Violência contra a Mulher.

1 Introdução

Tomando-se como marco teórico o paradigma de que o direito nasce dos fatos sociais, o estudioso da ciência jurídica deve ter especial atenção às situações fáticas que tangenciam o ordenamento jurí-

dico, sejam elas oriundas das relações sociais ou jurídico-processuais, ambas, por muitas vezes extinguindo, modificando e criando o próprio direito. Não é diferente quando se toma como objeto do estudo a Lei 11.340/06, popularmente conhecida por Lei Maria da Penha. Uma simples observação da atuação dos órgãos judiciais leva à percepção de como a norma jurídica sofre “modificações” quando da sua aplicação ao caso concreto, por meio da atividade hermenêutica dos julgadores, de forma que o rumo do processo toma caminhos nunca pensados pelo legislador, e muitas vezes distantes da própria finalidade, literalmente descrita no texto normativo da citada lei: “Art. 4º. Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.”

Pois bem, o tema, objeto deste trabalho, surgiu justamente da controvérsia existente nos órgãos judiciais, concernente à definição de quais feitos estão submetidos à incidência da Lei 11.340/06, quais procedimentos se aplicam aos processos destinados a tutelar os interesses das mulheres vítimas de violência doméstica e quais recursos são cabíveis contra as decisões judiciais proferidas com lastro na Lei Maria da Penha.

Doutrina e jurisprudência pátrias ainda não estão plenamente familiarizadas com as peculiaridades da novel legislação (apesar de já estar em vigor há mais de 02 anos) e, conseqüentemente, não conseguiram responder satisfatoriamente todas as questões suscitadas.

Apesar da aparente simplicidade do problema, as questões que informam a controvérsia são de suma importância para o equilíbrio do sistema judicial, inclusive, no que tange à observação de princípios de direito material e processual, observando-se que o tema abrange desde a dinâmica da lógica procedimental trazida pela Lei 11.340/06, até as regras determinadoras de competência, não se olvidando a eficácia das decisões judiciais.

2 A (má) técnica legislativa utilizada na redação da Lei Maria da Penha: contradições e reflexos na aplicação da norma

Para compreender o sistema processual que rege os processos sobre os quais incide a Lei 11.340/06, faz-se necessária uma preliminar leitura de seus artigos 13, 14 e 41, *verbis*:

...

Art. 13. Ao processo, julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitarem com o estabelecido nesta Lei.

Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária, com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, julgamento e execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

...

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099/95, de 26 de setembro de 1995.
(sem grifos no original).

...

A redação truncada e contraditória de vários artigos da Lei Maria da Penha tem feito surgir várias dúvidas sobre os procedimentos a serem adotados nos feitos de competência dos órgãos judiciais criados em decorrência da lei, ou das varas indicadas pela organização judiciária local como competentes para processar e julgar tais causas, enquanto não forem criados órgãos especializados.

dico, sejam elas oriundas das relações sociais ou jurídico-processuais, ambas, por muitas vezes extinguindo, modificando e criando o próprio direito. Não é diferente quando se toma como objeto do estudo a Lei 11.340/06, popularmente conhecida por Lei Maria da Penha. Uma simples observação da atuação dos órgãos judiciais leva à percepção de como a norma jurídica sofre “modificações” quando da sua aplicação ao caso concreto, por meio da atividade hermenêutica dos julgadores, de forma que o rumo do processo toma caminhos nunca pensados pelo legislador, e muitas vezes distantes da própria finalidade, literalmente descrita no texto normativo da citada lei: “Art. 4º. Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.”

Pois bem, o tema, objeto deste trabalho, surgiu justamente da controvérsia existente nos órgãos judiciais, concernente à definição de quais feitos estão submetidos à incidência da Lei 11.340/06, quais procedimentos se aplicam aos processos destinados a tutelar os interesses das mulheres vítimas de violência doméstica e quais recursos são cabíveis contra as decisões judiciais proferidas com lastro na Lei Maria da Penha.

Doutrina e jurisprudência pátrias ainda não estão plenamente familiarizadas com as peculiaridades da novel legislação (apesar de já estar em vigor há mais de 02 anos) e, conseqüentemente, não conseguiram responder satisfatoriamente todas as questões suscitadas.

Apesar da aparente simplicidade do problema, as questões que informam a controvérsia são de suma importância para o equilíbrio do sistema judicial, inclusive, no que tange à observação de princípios de direito material e processual, observando-se que o tema abrange desde a dinâmica da lógica procedimental trazida pela Lei 11.340/06, até as regras determinadoras de competência, não se olvidando a eficácia das decisões judiciais.

2 A (má) técnica legislativa utilizada na redação da Lei Maria da Penha: contradições e reflexos na aplicação da norma

Para compreender o sistema processual que rege os processos sobre os quais incide a Lei 11.340/06, faz-se necessária uma preliminar leitura de seus artigos 13, 14 e 41, *verbis*:

...

Art. 13. Ao processo, julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitarem com o estabelecido nesta Lei.

Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária, com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, julgamento e execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

...

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099/95, de 26 de setembro de 1995.

(sem grifos no original).

...

A redação truncada e contraditória de vários artigos da Lei Maria da Penha tem feito surgir várias dúvidas sobre os procedimentos a serem adotados nos feitos de competência dos órgãos judiciais criados em decorrência da lei, ou das varas indicadas pela organização judiciária local como competentes para processar e julgar tais causas, enquanto não forem criados órgãos especializados.

Foi utilizado propositalmente o termo “órgãos judiciais”, e não “varas” ou “juizados”, pelo fato de a lei tratar a matéria com impropriedade técnica. É que, apesar de o citado artigo 14 dizer claramente que a competência para processar, julgar e executar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher é de órgãos da Justiça Ordinária, nomeia tais não como varas, mas como juizados, estes últimos figuras criadas pela Lei 9.099/95, cujo procedimento é de todo incompatível com a sistemática processual que rege os feitos submetidos à Lei 11.340/06.

De fato, a Lei 9.099/95 teve sua incidência quase que totalmente excluída das ações sobre as quais incide a Lei Maria da Penha. Porém, a própria norma jurídica fala na criação de juizados para lhe dar concretude. Trata-se, então, de juizados com competência de justiça ordinária, ou seja, com competência própria de varas, não obstante a sua nomenclatura.

Era de se esperar que a denominação dada aos órgãos judiciais criados em decorrência da edição da Lei 11.340/06 fosse um problema de somenos importância, mas não é o que tem ocorrido na prática. Magistrados de 1º e 2º graus, promotores de justiça e advogados atentos somente ao aspecto gramatical da norma, sem preocupação com a hermenêutica e a sistemática processual, não raro têm dado à Lei Maria da Penha aplicação em desacordo com sua finalidade social e com as próprias previsões constantes do seu texto.

Após a edição da Lei 11.340/06, **o procedimento sumaríssimo instituído pela Lei 9.099/95 persiste somente no âmbito processual penal e apenas quanto às contravenções penais**, ainda que estas sejam praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher, vez que a Lei Maria da Penha refere-se exclusivamente a crimes, não mencionando contravenções (art. 41). Como a referida regra tem evidente natureza de norma penal, não pode ser utilizada analogicamente para prejudicar o réu, posto que a Lei 11.340/06 retirou vários privilégios processuais de

que gozavam os acusados de crimes e contravenções cuja pena máxima não superasse 02 (dois) anos de reclusão ou detenção.

Em conclusão preliminar, tem-se que o procedimento sumaríssimo, e porque não dizer a própria Lei 9.099/95 não se aplica às causas decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher, excetuando-se apenas os processos relativos às contravenções penais. Por seu turno, os juizados instituídos em decorrência da edição da Lei Maria da Penha tratam-se de órgãos da justiça ordinária, cujos procedimentos são regidos pelos Códigos de Processo Penal e Processo Civil, conforme expressa dicção legal. Aos mais apegados à literalidade da lei, recomenda-se a leitura mais atenta dos arts. 13 e 14, da Lei 11.340/06, acima transcritos. Simplificando: os Juizados mencionados na Lei Maria da Penha são, na verdade, Varas.

3 Processos e procedimentos previstos pela Lei Maria da Penha e recursos cabíveis contra as decisões judiciais relativas à espécie

A Lei Maria da Penha é uma norma jurídica híbrida, contendo normas substantivas e adjetivas, tanto de caráter penal quanto cível.

De uma leitura do art. 13 desta lei extrai-se que, por não ter previsto procedimentos próprios, a Lei 11.340/06, adotou os códigos de processo civil e penal como orientadores dos processos (cíveis e criminais) decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Não é demais repetir que o art. 41 da Lei Maria da Penha afastou definitivamente a incidência da Lei 9.099/95 sobre as causas decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Portanto, sobre os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, por não serem juizados no sentido técnico da palavra, não incidem os prin-

cípios dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais positivados pela Lei 9.099/95, quais sejam: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação (art. 2º, da Lei 9.099/95). Tampouco, os recursos contra as decisões judiciais são os previstos na Lei dos Juizados Especiais.

Oralidade, simplicidade e informalidade não orientam os processos que tramitam sob o regramento da Lei Maria da Penha. Tanto é assim que o artigo 27 da Lei 11.340/06 prevê a obrigatoriedade de as partes (especialmente a mulher em situação de violência doméstica e familiar) serem assistidas por advogado em todos os atos processuais. A única exceção é a possibilidade de o requerimento de medidas protetivas de urgência (arts. 22 a 24) ser formulado pela própria vítima, por autoridade policial ou pelo Ministério Público. Nos demais atos processuais devem ser observadas todas as formalidades previstas nos Códigos de Processo Civil e Processo Penal, desde os requisitos da petição inicial até os prazos e formas dos recursos contra sentença de mérito, passando pela contestação, réplica e recursos contra decisões interlocutórias (agravos, apelação, recurso em sentido estrito etc).

Seguindo a mesma lógica, foi totalmente afastada a hipótese de transação no âmbito penal em processos que tratam de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ainda antes de adentrar na competência e especificidades das Varas Especializadas na Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (nomeadas de juizados), faz-se mister frisar que a Lei 11.340 somente incide sobre os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Parece desnecessária tal observação, mas não o é. Na rotina forense diária, não é incomum aportarem no juízo instituído após a vigência da Lei Maria da Penha processos referentes à violência doméstica e familiar tendo como vítimas pessoas do sexo masculino, hipótese não contemplada pela Lei 11.340/06.

Mas a lei também não tratou de toda e qualquer violência contra pessoas do sexo feminino. **Tal violência deve ser qualificada por sua natureza doméstica e/ou familiar para que receba especial proteção da Lei Maria da Penha.** Assim, os casos de violência praticados entre vizinhos, amigos ou desconhecidos, por exemplo, não serão processados conforme a legislação especial, ainda que a vítima seja do sexo feminino.

De outra banda, como a lei foi editada com a precípua finalidade de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dar proteção especial às vítimas dessa espécie de violência, previu também que, para a incidência da norma, não importa o sexo nem a orientação sexual do sujeito ativo da agressão (art. 5º, inc. III e parágrafo único, da Lei 11.340/06). Assim, encontram-se agasalhadas pelas proteções legais todas as vítimas de violência familiar, como, por exemplo: filhas agredidas pelas mães, mulheres agredidas pelas companheiras, mães agredidas pelas filhas etc, independente do sexo ou da orientação sexual do (a) agressor (a).

Por fim, insta salientar que, como não foram afastadas pela Lei Maria da Penha as legislações específicas relativas ao idoso, à criança e ao adolescente, as Varas de Crimes Praticados contra Criança e Adolescente e os Juizados de Idosos, pelo princípio da especialidade, continuam competentes para processar e julgar todos os feitos onde os **sujeitos passivos** forem idosos, crianças ou adolescentes do sexo feminino (inteligência do art. 13, da Lei 11.340/06, acima transcrito). Contudo, tais juízos deverão observar as normas de proteção à mulher instituídas pela Lei 11.340/06, especialmente as medidas protetivas de urgência tratadas nos artigos 22 a 24 desta lei.

3.1 Competência em matéria penal

A Lei 11.340/06 trouxe em seu art. 14, anteriormente transcrito, o desenho do âmbito de sua **competência**, qual seja: **o processo, julgamento e execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher**. Porém, como legislar sobre organização judiciária dos Estados é matéria de competência exclusiva destes (art. 125, da Constituição Federal), cabe à Lei Estadual definir quais processos criminais tramitarão perante os juízos instituídos em decorrência da Lei Maria da Penha e quais terão seus cursos em outras varas judiciais.

Em Pernambuco, a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca da Capital encontra-se delimitada na Lei Estadual 13.169/06 e na Lei Complementar Estadual nº 100/07 (Código de Organização Judiciária), as quais previram que todos os processos instaurados para apuração de crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, punidos com reclusão ou detenção, tramitam perante os juízos criados em decorrência da edição da Lei 11.340/06.

A tais processos aplicam-se os procedimentos sumário, ordinário ou especial, conforme determinado no Código de Processo Penal. Se o crime apurado for punido com pena de detenção, o procedimento a ser adotado na instrução processual perante o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher será o sumário, conforme previsão dos artigos 531 e 532, do Código de Processo Penal (com as alterações promovidas pela Lei 11.719, de 20 de junho de 2008). Se apenado com reclusão, aplica-se o rito ordinário (artigos 394 a 405, do CPP, com as alterações promovidas pela Lei 11.719, de 20 de junho de 2008). Tratando-se de crimes contra a honra, o procedimento será o previsto nos artigos 519 a 523, também do Código de Processo Penal, independentemente da espécie da pena privativa de liberdade.

Os crimes dolosos contra a vida praticados contra mulheres vítimas de violência doméstica e familiar também serão processados perante os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, até decisão de pronúncia, inclusive. É a determinação contida no art. 1º, § 3º, da Lei Estadual 13.169/06, e que não atenta contra o art. 5º, inc. XXXVIII, da Constituição Federal, conforme entendimento pacificado pela jurisprudência e doutrina, já que a competência inderrogável é dos Tribunais do Júri e não das Varas do Júri. Portanto, é perfeitamente válido que as normas de organização judiciária estadual atribuam competência a outras Varas, que não as do Júri, para a formação do sumário de culpa nos crimes submetidos a júri popular, até a fase de pronúncia. Nesse sentido:

TRIBUNAL DO JÚRI DE PORTO ALEGRE. PRIMEIRO E SEGUNDO JUIZADOS DA VARA DO JÚRI. REGULARIDADE... 1. A atribuição de competência, pela organização judiciária gaúcha, a dois juízes de direito por distribuição para instruir os processos de competência do júri não conflita com as normas pertinentes do processo penal nem tem eiva de inconstitucionalidade.

(STF, 1ª Turma. RE 103.266/RS, rel. Min. Rafael Mayer, j. 04/12/1984, DJ de 19/12/1984).

Assim, nos crimes dolosos contra a vida, a instrução processual ocorrerá no Juizado (Vara) de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e, somente após o trânsito em julgado da decisão de pronúncia, é que os autos serão redistribuídos ao Tribunal do Júri.

Questão tormentosa, ainda não satisfatoriamente esclarecida pela doutrina e não apreciada pelos Tribunais Superiores diz respeito à execução da sentença criminal perante os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

A Lei 11.340/06 previu, em seu artigo 14 serem os juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher competentes para o **processo, julgamento e execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.**

Ocorre que, como já aclarado acima, tal norma tem o condão de apenas nortear os legisladores estaduais na edição de suas normas, já que, por expressa vedação constitucional (art. 125, da CF), não pode a União legislar sobre a organização judiciária dos Estados-membros.

De sua vez, a Lei Estadual 13.169/06, sucinta e de péssima técnica legislativa, limitou-se a prescrever que:

Art. 1º. Fica criado, com a respectiva Secretaria, o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

§ 1º. O Juizado terá jurisdição no território da Comarca da Capital e competência definida na Lei Federal nº 11.340, de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha)...

Ou seja, a legislação estadual, que deveria descrever pormenorizadamente a competência dos seus órgãos judiciais, não o fez. Disse apenas que a competência é aquela determinada pela Lei Maria da Penha. Acontece que a Lei 11.340/06 não se esmerou em listar todos os feitos submetidos à incidência de suas regras, até porque isso não é atribuição de Lei Federal. Quando o fez, fez muito mal, como no caso do artigo 33, objeto de várias declarações incidentais de inconstitucionalidade por invasão de competência legislativa.

Parece ser o entendimento mais adequado à sistemática processual vigente o que aponta no sentido de que, quando a Lei 11.340/06 falou (artigo 14) que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar têm competência para processar, julgar e executar as causas decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher, referiu-se somente às ações cíveis. Posição que mais se coaduna com a reforma do Código de

Processo Civil, iniciada pela Lei 11.232/06, que acabou com a necessidade de processo autônomo para executar os títulos executivos judiciais (sentenças). Nesses casos, iria a confronto da lei determinar que a mulher em situação de violência doméstica e familiar, tendo título executivo judicial constituído no Juízo especializado, tivesse que ingressar com nova ação perante uma Vara Cível ou de Família para executá-lo.

Porém, estender esse raciocínio à execução das sentenças penais não encontra fundamento legal, além de haver varas privativas para acompanhar o cumprimento de penas privativas de liberdade ou restritivas de direitos.

Pelo princípio da especialidade, coube à Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) disciplinar a execução da sentença penal. O artigo 65 desta lei, por seu turno, atribuiu às leis de organização judiciária (*in casu*, estaduais) determinar o juízo competente para execução da sentença proferida em processo criminal. Art. 65. A execução penal competirá ao juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.

Lição esclarecedora da relevância deste juízo e da delimitação da competência das Varas de Execuções Penais é dada por Danielle Souza de Andrade e Silva (2007:31), *verbis*:

A Lei de Execução Penal trouxe a salutar regra de determinação da competência por juízo especializado indicado na lei de organização judiciária, estadual ou federal, distinto, em geral, do juízo da condenação... Assim, lei específica, estadual ou federal, poderá destinar órgãos jurisdicionais para tratar exclusivamente da execução.

Ante as particularidades que tangenciam a execução de pena privativa de liberdade, não se discute a competência do juízo das execuções penais para o processamento de tais feitos, ainda que o título executivo tenha sido constituído em juízo diverso.

As peculiaridades inerentes ao processo de execução penal – a exigir dos agentes envolvidos conhecimentos específicos e formação dirigida –, aliadas ao grande volume de processos, (sobretudo na Justiça estadual, pulverizada em quase todos os municípios do País) e à premência de solução de inúmeros incidentes que permeiam a execução penal recomendam a especialização de varas, de modo a propiciar ao apenado a ao internado tratamento individualizado (consentâneo ao que lhes é devido por lei) e, pois, uma maior adequação ao objetivo de ressocialização buscado, para futura reinserção social. (SILVA, 2007:32).

Portanto, em relação à execução das penas privativas de liberdade aplicadas nos processos criminais instaurados em decorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher, indiscutível a competência das Varas de Execuções Penais. No mesmo sentido é a lição de Pedro Rui Fontoura Porto¹.

No que tange à execução das penas restritivas de direitos e do SURSIS, a questão não é tão simples. Tendo a Lei 11.340/06 atribuído aos órgãos judiciais criados em sua decorrência a competência para execução de seus próprios julgados, a solução da celeuma deve se dar a partir da inteligência de princípios jurídicos referentes à especialidade e hierarquia das leis, sem olvidar o aspecto cronológico.

O Código de Organização Judiciária de Pernambuco (Lei Complementar Estadual nº 100, de 21 de novembro de 2007), regra jurídica aprovada com *quorum* qualificado e promulgada 11 (onze) meses após a edição da Lei Estadual 13.169, de 22 de dezembro de 2006, determinou ser competência da Vara de Execução de Penas Alternativas (art. 88, § 1º):

I – promover a execução e fiscalização do condenado sujeito à suspensão condicional da pena (SURSIS), podendo, inclusive, revogá-la, encaminhando os autos ao Juízo competente, e declarar extinta a punibilidade em razão da expiração do prazo sem revogação;

¹ Dar competência geral para execução de penas a tais juizados pode ser um excesso que deve ser corrigido no âmbito da organização judiciária. Ao menos em se tratando de penas privativas de liberdade (2007:109).

Ou seja, tanto pelo princípio da hierarquia das leis como pela regra segundo a qual lei posterior derroga anterior quando regula a mesma matéria (art. 2º, § 1º, do Decreto-lei 4.657/42 – Lei de Introdução ao Código Civil), as Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher seriam, enquanto vigente a atual redação do Código de Organização Judiciária, incompetentes para executar o cumprimento da pena.

Visto pelo prisma da especialidade da lei, o problema não encontra solução diversa. É que, tratando a Lei 11.340/06 de matéria específica (a violência doméstica e familiar contra a mulher), nada lhe impede que oriente as normas locais a se adequarem aos seus comandos, mas não pode, ela própria (a Lei Maria da Penha), delimitar competência de varas da justiça estadual. Como já existe norma específica tratando de execução penal (Lei 7.210/84) e esta, como explicitado acima, atribui às leis de organização judiciária a determinação da competência das Varas de Execuções Penais, fica ratificada a afirmação de que o Código de Organização Judiciária de Pernambuco não atribuiu competência para executar os seus julgados aos Juizados (varas) de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, mas sim à Vara de Execução de Penas Alternativas e à Vara de Execuções Penais.

Para que se cumprisse a finalidade esposada no art. 4º da Lei Maria da Penha, o ideal seria uma imediata alteração da legislação estadual, atribuindo competência à Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para a execução das penas não-privativas de liberdade, posto que contam com equipe multidisciplinar para atendimento a agressores (as) e vítimas (título V, da Lei 11.340/06). No entanto, enquanto tal não ocorrer, continuam as novas varas incompetentes para executar as suas sentenças criminais.

3.1.1 Dos recursos aplicáveis à esfera criminal

No que tange aos recursos cabíveis contra as decisões proferidas nos processos criminais sujeitos à incidência da Lei Maria da Penha, não há necessidade de maiores digressões, posto que, conforme expressa dicação da Lei (art. 41), a Lei 9.099/95 teve sua aplicação definitivamente afastada dos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Portanto qualquer decisão proferida em processos que tratem desta matéria serão atacadas pelos recursos previstos no Código de Processo Penal, mais precisamente em seu livro III, título II (apelação, recurso em sentido estrito, *habeas corpus* etc).

Em conseqüência, o órgão competente para processar e julgar os recursos contra decisões do juiz investido na competência em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é o respectivo Tribunal de Justiça, não havendo que se falar em turma recursal, vez que afastada a incidência da Lei 9.099/95, aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher e, conseqüentemente, os recursos e prazos recursais ali previstos.

3.2 Da competência cível dos juizados (varas especializadas) de violência doméstica e familiar contra a mulher

Na esfera cível, a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher abrange o processo e a execução de todas as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Portanto, qualquer ação cautelar que tenha como causa de pedir a violência doméstica e familiar contra a mulher pode (e não deve, como adiante ficará claro) ser ajuizada na Vara Especializada, respeitada a competência das Varas de Família e Registro Civil (art. 81 da Lei Com-

plementar Estadual nº 100/2007 – Código de Organização Judiciária do Estado de Pernambuco), posto que, no âmbito do direito de família, a competência das Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para processar medidas cautelares de urgência não é exclusiva. Entendimento, inclusive, já reconhecido pela Doutrina (DIAS, 2007:81)² e pacificado pelos tribunais, entre eles o TJPE e o TJSP. Nesse sentido, vale transcrever os seguintes arestos:

PROCESSO CIVIL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS, AMEAÇAS VERBAIS E INSEGURANÇA FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DE AÇÃO OU PROCEDIMENTO RELACIONADO À PRÁTICA DE VIOLÊNCIA FAMILIAR OU DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. INCOMPETÊNCIA DA VARA CRIMINAL. COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA E REGISTRO CIVIL. I – A impossibilidade do trâmite perante a Vara Criminal está calcada, não na ocorrência de tipo penal, mas na inexistência de fatos ou atos comprovados que demonstrem a necessidade do tratamento especial trazido pela Lei nº 11.340/06. II – Verifica-se, no caso concreto, que se trata de simples desentendimento em virtude de Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável, movida pela autora contra o réu, e não da ocorrência de crime que leve à aplicação da supracitada Lei. III – Competência da 11ª Vara de Família e Registro Civil da Capital. IV – Decisão unânime. (TJPE – Corte Especial, CC nº 150005-2, rel. Des. Helena Caúla Reis, v.u., DOE de 01/08/2007).

COMPETÊNCIA. CONFLITO. JUÍZO CRIMINAL SUSCITADO QUE, APONTADO COMO COMPETENTE PARA PROCESSAR E JULGAR MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA, NOS TERMOS DA LEI 11.340/06, QUE CRIA MECANISMOS PARA COIBIR A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER, DECLINA DA COMPETÊNCIA, DE OFÍCIO, AO JUÍZO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES – HIPÓTESE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 33 DA REFERIDA LEI.

² Indeferida a medida protetiva de urgência pleiteada pela vítima por meio do procedimento enviado a juízo pela autoridade policial, tal medida não obsta que a vítima promova ação no âmbito da jurisdição civil com o mesmo propósito. Rejeitado o pedido de separação de corpos ou a fixação de alimentos, pode a vítima intentar ação cautelar de separação de corpos ou ação de alimentos.

INOCORRÊNCIA. Lei que não cuida de organização judiciária, e sim de matéria processual, ao dispor sobre a competência para o processamento transitório das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, tratando-se, ademais, de lei cujo inequívoco propósito é proteger o sexo feminino, sendo inadmissível interpretação prejudicial aos interesses daquela a quem visa proteger. Conflito precedente. (Conflito de Jurisdição nº 141.765-0/0. Câmara Especial do Tribunal de Justiça – SP, rel. Canguçu de Almeida, j. 22/01/07, v.u.).

Também é clara a possibilidade de as Varas Especializadas em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher processarem, por exemplo, uma ação de indenização por dano moral que tenha como causa de pedir a prática de ato de violência qualificado por seu caráter doméstico e familiar, seguindo as determinações do Código de Processo Civil, inclusive quanto ao valor da causa (a fim de determinar o rito processual sumário ou ordinário) e aos requisitos da petição inicial (art. 282, do CPC).

3.2.1 Das medidas protetivas de urgência

Não obstante as possibilidades acima aventadas, as causas de natureza cível mais comuns que aportam nas varas especializadas são as medidas protetivas de urgência previstas nos artigos 22 a 24, da Lei 11.340/06 e esse é o assunto que merece maior atenção, seja pelo caráter inédito de tais ações até então, seja pela sua natureza jurídica ainda carente de pacificação doutrinária e jurisprudencial.

As medidas protetivas são instituto novo e tramitam com observância aos procedimentos previstos no Código de Processo Civil (art. 13, da Lei Maria da Penha), especialmente o seu Livro III, pois, apesar de não se confundirem com as ações judiciais cautelares nominadas ou inominadas, **têm a nítida natureza de processo cautelar cível**, já que

as medidas de urgência claramente se destinam a assegurar a integridade física e psicológica da mulher vítima de violência doméstica e garantir o resultado útil do processo principal, seja ele criminal ou cível.

O Código de Processo Civil é a norma adjetiva aplicável às medidas protetivas de urgência, porém, com algumas peculiaridades, posto que a Lei 11.340/06 possibilita que o requerimento de medidas protetivas de urgência (arts. 22 a 24) **seja formulado pela própria vítima, por autoridade policial ou pelo ministério público**, inclusive as ações de **alimentos provisionais ou provisórios** (art. 22, inc. V) e de **separação de corpos** (art. 23, inc. IV). Em conseqüência, a petição inicial nestes procedimentos não se submete à formalidade do art. 282 do CPC, não se lhe exigindo a estrita observância do código de ritos, salvo o inc. II (endereço e qualificação das partes), a fim de possibilitar a citação do réu e, **em alguns casos**, o inc. V (valor da causa), de forma a mensurar o recolhimento das custas processuais e recursais, quando não se tratar de beneficiários da assistência judiciária gratuita.

Regramento digno de nota no que se refere a esta matéria foi o provimento nº 01/2007, do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça de Pernambuco que, apesar de distante da melhor técnica processual e pouco esclarecedor, estabeleceu serem as medidas protetivas de urgência independentes de qualquer ação cível ou penal (art. 2º, § 2º). Assim, o direito da ofendida à proteção do Estado não perecerá automaticamente pelo não ingresso de ação criminal ou cível, o que confere às medidas protetivas de urgência o caráter de medidas cautelares satisfativas, **na maioria** dos casos. Dessa forma, ainda que o processo de conhecimento seja o único meio para a obtenção de uma sentença de mérito com cognição exauriente, conferindo ou negando um direito em caráter definitivo (mantida a hipótese de ação rescisória), pode o juiz conhecer dos pedidos constantes das medidas protetivas de urgência, mesmo sem que a ofendida tenha promovido a ação de conhecimento pertinente (cível ou criminal) nos prazos legais.

INOCORRÊNCIA. Lei que não cuida de organização judiciária, e sim de matéria processual, ao dispor sobre a competência para o processamento transitório das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, tratando-se, ademais, de lei cujo inequívoco propósito é proteger o sexo feminino, sendo inadmissível interpretação prejudicial aos interesses daquela a quem visa proteger. Conflito procedente. (Conflito de Jurisdição nº 141.765-0/0. Câmara Especial do Tribunal de Justiça – SP, rel. Canguçu de Almeida, j. 22/01/07, v.u.).

Também é clara a possibilidade de as Varas Especializadas em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher processarem, por exemplo, uma ação de indenização por dano moral que tenha como causa de pedir a prática de ato de violência qualificado por seu caráter doméstico e familiar, seguindo as determinações do Código de Processo Civil, inclusive quanto ao valor da causa (a fim de determinar o rito processual sumário ou ordinário) e aos requisitos da petição inicial (art. 282, do CPC).

3.2.1 Das medidas protetivas de urgência

Não obstante as possibilidades acima aventadas, as causas de natureza cível mais comuns que aportam nas varas especializadas são as medidas protetivas de urgência previstas nos artigos 22 a 24, da Lei 11.340/06 e esse é o assunto que merece maior atenção, seja pelo caráter inédito de tais ações até então, seja pela sua natureza jurídica ainda carente de pacificação doutrinária e jurisprudencial.

As medidas protetivas são instituto novo e tramitam com observância aos procedimentos previstos no Código de Processo Civil (art. 13, da Lei Maria da Penha), especialmente o seu Livro III, pois, apesar de não se confundirem com as ações judiciais cautelares nominadas ou inominadas, **têm a nítida natureza de processo cautelar cível**, já que

as medidas de urgência claramente se destinam a assegurar a integridade física e psicológica da mulher vítima de violência doméstica e garantir o resultado útil do processo principal, seja ele criminal ou cível.

O Código de Processo Civil é a norma adjetiva aplicável às medidas protetivas de urgência, porém, com algumas peculiaridades, posto que a Lei 11.340/06 possibilita que o requerimento de medidas protetivas de urgência (arts. 22 a 24) **seja formulado pela própria vítima, por autoridade policial ou pelo ministério público**, inclusive as ações de **alimentos provisionais ou provisórios** (art. 22, inc. V) e de **separação de corpos** (art. 23, inc. IV). Em conseqüência, a petição inicial nestes procedimentos não se submete à formalidade do art. 282 do CPC, não se lhe exigindo a estrita observância do código de ritos, salvo o inc. II (endereço e qualificação das partes), a fim de possibilitar a citação do réu e, **em alguns casos**, o inc. V (valor da causa), de forma a mensurar o recolhimento das custas processuais e recursais, quando não se tratar de beneficiários da assistência judiciária gratuita.

Regramento digno de nota no que se refere a esta matéria foi o provimento nº 01/2007, do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça de Pernambuco que, apesar de distante da melhor técnica processual e pouco esclarecedor, estabeleceu serem as medidas protetivas de urgência independentes de qualquer ação cível ou penal (art. 2º, § 2º). Assim, o direito da ofendida à proteção do Estado não perecerá automaticamente pelo não ingresso de ação criminal ou cível, o que confere às medidas protetivas de urgência o caráter de medidas cautelares satisfativas, **na maioria** dos casos. Dessa forma, ainda que o processo de conhecimento seja o único meio para a obtenção de uma sentença de mérito com cognição exauriente, conferindo ou negando um direito em caráter definitivo (mantida a hipótese de ação rescisória), pode o juiz conhecer dos pedidos constantes das medidas protetivas de urgência, mesmo sem que a ofendida tenha promovido a ação de conhecimento pertinente (cível ou criminal) nos prazos legais.

INOCORRÊNCIA. Lei que não cuida de organização judiciária, e sim de matéria processual, ao dispor sobre a competência para o processamento transitório das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, tratando-se, ademais, de lei cujo inequívoco propósito é proteger o sexo feminino, sendo inadmissível interpretação prejudicial aos interesses daquela a quem visa proteger. Conflito precedente. (Conflito de Jurisdição nº 141.765-0/0. Câmara Especial do Tribunal de Justiça – SP, rel. Canguçu de Almeida, j. 22/01/07, v.u.).

Também é clara a possibilidade de as Varas Especializadas em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher processarem, por exemplo, uma ação de indenização por dano moral que tenha como causa de pedir a prática de ato de violência qualificado por seu caráter doméstico e familiar, seguindo as determinações do Código de Processo Civil, inclusive quanto ao valor da causa (a fim de determinar o rito processual sumário ou ordinário) e aos requisitos da petição inicial (art. 282, do CPC).

3.2.1 Das medidas protetivas de urgência

Não obstante as possibilidades acima aventadas, as causas de natureza cível mais comuns que aportam nas varas especializadas são as medidas protetivas de urgência previstas nos artigos 22 a 24, da Lei 11.340/06 e esse é o assunto que merece maior atenção, seja pelo caráter inédito de tais ações até então, seja pela sua natureza jurídica ainda carente de pacificação doutrinária e jurisprudencial.

As medidas protetivas são instituto novo e tramitam com observância aos procedimentos previstos no Código de Processo Civil (art. 13, da Lei Maria da Penha), especialmente o seu Livro III, pois, apesar de não se confundirem com as ações judiciais cautelares nominadas ou inominadas, **têm a nítida natureza de processo cautelar cível**, já que

as medidas de urgência claramente se destinam a assegurar a integridade física e psicológica da mulher vítima de violência doméstica e garantir o resultado útil do processo principal, seja ele criminal ou cível.

O Código de Processo Civil é a norma adjetiva aplicável às medidas protetivas de urgência, porém, com algumas peculiaridades, posto que a Lei 11.340/06 possibilita que o requerimento de medidas protetivas de urgência (arts. 22 a 24) **seja formulado pela própria vítima, por autoridade policial ou pelo ministério público**, inclusive as ações de **alimentos provisionais ou provisórios** (art. 22, inc. V) e de **separação de corpos** (art. 23, inc. IV). Em conseqüência, a petição inicial nestes procedimentos não se submete à formalidade do art. 282 do CPC, não se lhe exigindo a estrita observância do código de ritos, salvo o inc. II (endereço e qualificação das partes), a fim de possibilitar a citação do réu e, **em alguns casos**, o inc. V (valor da causa), de forma a mensurar o recolhimento das custas processuais e recursais, quando não se tratar de beneficiários da assistência judiciária gratuita.

Regramento digno de nota no que se refere a esta matéria foi o provimento nº 01/2007, do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça de Pernambuco que, apesar de distante da melhor técnica processual e pouco esclarecedor, estabeleceu serem as medidas protetivas de urgência independentes de qualquer ação cível ou penal (art. 2º, § 2º). Assim, o direito da ofendida à proteção do Estado não perecerá automaticamente pelo não ingresso de ação criminal ou cível, o que confere às medidas protetivas de urgência o caráter de medidas cautelares satisfativas, **na maioria** dos casos. Dessa forma, ainda que o processo de conhecimento seja o único meio para a obtenção de uma sentença de mérito com cognição exauriente, conferindo ou negando um direito em caráter definitivo (mantida a hipótese de ação rescisória), pode o juiz conhecer dos pedidos constantes das medidas protetivas de urgência, mesmo sem que a ofendida tenha promovido a ação de conhecimento pertinente (cível ou criminal) nos prazos legais.

Neste sentido é a lição de Maria Berenice Dias:

As medidas deferidas, em sede de cognição sumária, não dispõem de caráter temporário, ou seja, não é imposto à vítima o dever de ingressar com a ação principal no prazo de 30 dias. Todas têm caráter satisfativo, não se aplicando a limitação temporal imposta na lei civil (2007:80).

O que é difícil de se sustentar juridicamente e, portanto, merece a devida apreciação do juiz no caso concreto é a possibilidade, atribuída pela referida doutrinadora e ratificada pelo provimento nº 01/2007, do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça de Pernambuco, de as medidas protetivas de urgência, enquanto processos de cognição sumária, serem, todas elas, revestidas do atributo da definitividade.

É que não parece ser exequível, tampouco ter validade jurídica, o caso de, em caráter perpétuo e inobstante a alteração do suporte fático da demanda, ficar o agressor proibido de se aproximar da ofendida, de manter contato com ela e seus familiares por qualquer meio de comunicação, ter a visitação dos dependentes menores suspensas ou **prestar alimentos provisórios** etc, com base em uma decisão judicial proferida num processo que, apesar de não ter sido classificado pacificamente em nenhuma categoria pela doutrina e jurisprudência, **certamente não tem a natureza jurídica de processo de conhecimento**. Diante disso, Maria Berenice Dias afirma que, quando as medidas protetivas não estejam vinculadas a um processo de conhecimento, deve o magistrado, após o deferimento destas, fixar prazo para propositura da ação principal, findo o qual, a medida perderá sua eficácia se aquela não for ajuizada (2007:81).

3.2.2 Dos recursos eficazes para o combate às decisões de natureza não-penal

Da mesma maneira como foi afastada a incidência da Lei 9.099/95 sobre os processos criminais cuja matéria trata de violência doméstica e familiar contra a mulher, também esta o foi na esfera cível. Portanto, os órgãos competentes para julgar os recursos contra as decisões do juiz investido na competência em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher são as câmaras ou turmas cíveis do respectivo Tribunal de Justiça a que está vinculado o magistrado, não havendo que se falar em turma recursal.

As decisões judiciais em sede de medidas protetivas de urgência, em regra, são proferidas liminarmente e sem a ouvida da parte contrária que, *in casu*, é sempre o (a) suposto (a) agressor (a), visto que a Lei Maria da Penha tem a nítida finalidade de proteger a mulher em situação de violência doméstica e familiar (art. 1º). Portanto, nota-se que, *initio litis*, as partes não se encontram em pé de igualdade no processo, posto que o juiz pode se valer exclusivamente das declarações da parte autora e de testemunhas e documentos por ela indicados para deferir as medidas protetivas de urgência previstas nos arts. 22, 23 e 24, da Lei 11.340/06, sem prejuízo de outras medidas previstas na legislação em vigor (art. 22, § 1º).

Com a juntada da contestação no prazo de 05 (cinco) dias (art. 802, do CPC) e, pelo princípio da concentração, de todas as provas de que pode se valer o réu, é clara a possibilidade jurídica de o juiz modificar sua decisão proferida em cognição sumária. Mas o réu não dispõe apenas da possibilidade de obter uma reconsideração da liminar anteriormente deferida, pois, em decorrência dos princípios do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, inc. LV), não se podem blindar as decisões interlocutórias contra recursos, ante o possível gravame que podem causar à parte adversa, que comprovou não serem verídicos os fatos

articulados na inicial ou deles não decorrerem os direitos concedidos à parte autora, não sendo lícito tenha que esperar o deslinde da ação para ver restabelecido o *status quo ante*, especialmente quando se vislumbra que nessas liminares pode ser deferido o afastamento do agressor do lar conjugal (art. 22, inc. II), a restrição ou suspensão de visitas aos filhos menores (inc. IV), a prestação de alimentos provisionais ou provisórios (inc. V), entre outras.

Do raciocínio acima desenvolvido, pode-se concluir que o possível dano à parte adversa decorrente de uma decisão interlocutória proferida sem a sua oitiva, em sede de medida protetiva de urgência pode ser guerreado por recurso, mesmo antes da prolação de sentença. Está-se, então, diante da possibilidade de propositura de agravo, na modalidade de “agravo de instrumento” (arts. 522 a 529, do CPC), pela própria natureza do pedido (desconstituição imediata da decisão liminar). Tal conclusão não é difícil de ser alcançada, e decorre de uma leitura, ainda que superficial, do art. 13, da Lei 11.340/06 (ver item 3 *supra*), que prevê a supletividade dos códigos de Processo Civil e Processo Penal para regularem os processos sob à égide da Lei Maria da Penha. Parece que a grande dificuldade na admissão do agravo contra as decisões interlocutórias decorreu do fato de a própria lei nomear as varas especializadas advindas de sua vigência de “juizados”, conforme já esposado no item ‘3’. Tal fato, inclusive, levou alguns julgadores a erro. Todavia, tal equívoco foi prontamente retificado, conforme se vê nas decisões abaixo resumidas:

DECISÃO RETRATATIVA: Insurgindo-se contra decisão desta Relatoria, que negou seguimento ao agravo de instrumento, ante a ausência e previsão legal, que objetivava modificar decisão do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a Agravante interpôs este Recurso de Agravo. Sustenta que o Juizado de Violência conta a Mulher não esta compreendido no âmbito dos Juizados Especiais, mas da Justiça comum, segundo inteligência do art. 41 da Lei nº 9.099/95 que dispõe textualmente: “Aos crimes praticados com violência doméstica

e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099/95, de 26 de setembro de 1995”. Acrescenta que o rito das medidas protetivas de urgência, conferida ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, segue o rito previsto no Código de Processo Civil. Nesse contexto, requer se digne esta Relatoria utilizando-se da faculdade de retratação, modifique a decisão agravada, para ver prosseguir o agravo de instrumento. No essencial, é o relatório. Decido: **Reapreciando os autos, verifico que assiste razão a agravante, ante o que dispõe o art. 41 da Lei nº 11.340/06, que afastou a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.** Entendo, pois, ser o caso de me retratar, **determino o prosseguimento do agravo de instrumento**, ao tempo em que passo a apreciar o pedido de liminar ali formulado. (TJPE, 4ª Câmara Cível, AgrRg. nº 159964-2/01, rel. Des. Eloy d’Almeida Lins, j. 18/02/2008).

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA V. U. O. S., através de seu bastante procurador, interpôs o presente Recurso de Agravo contra decisão terminativa proferida por esta relatoria, determinando o não seguimento do Agravo de Instrumento nº 159722-4, em face de ter sido considerado o mesmo inadmissível. Após a análise dos autos, principalmente o provimento nº 001/2007 deste Egrégio Tribunal de Justiça, percebo que houve um erro material ao analisar a demanda em seu momento prefacial, devendo a decisão terminativa ser modificada. **Observo que o citado diploma legal deixa evidente que o Tribunal de Justiça é responsável pelo julgamento dos recursos intentados contra as decisões prolatadas pelos magistrados responsáveis pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, não podendo se falar em inadmissibilidade do recurso instrumental intentado anteriormente.** Conclui-se, portanto, que não há que se falar em inadmissibilidade do recurso instrumental, pois, o mesmo foi interposto perante o Órgão competente para a sua apreciação, não havendo ofensas aos princípios constitucionais, e os estabelecidos pelo Digesto Processual Civil e demais normas legais aplicáveis a demanda. Assim, deve ser acolhido o pedido de reconsideração da decisão que negou seguimento ao recurso, com o conseqüente ingresso na parte meritória da insurgência interposta. (TJPE, 3ª Câmara Cível, AgrRg. nº 159722-4/01, rel. Des. Silvio de Arruda Beltrão, j. 24/03/2008).

Como dito, tais situações foram prontamente contornadas pelo próprio Tribunal e hoje dificilmente se repetem, estando a matéria praticamente pacificada em todos os tribunais de justiça, aplicando-se simplesmente uma interpretação sistemática da própria Lei 11.340/06.

4 Conclusões

Após a vigência da Lei Maria da Penha, nenhum crime praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher pode ser nomeado de “infração penal de menor potencial ofensivo”. Portanto, afastada a incidência da Lei 9.099/95 a esses delitos, independentemente da pena cominada ou efetivamente aplicada.

Os órgãos judiciais criados em decorrência da Lei 11.340/06 não se tratam de juizados especiais, não obstante a nomenclatura que se lhes dê, posto que são Juízos a cujos processos aplicam-se as normas procedimentais previstas nos Códigos de Processo Civil e de Processo Penal, como a própria Lei Maria da Penha menciona em seu artigo 13. Tratam-se, portanto, de órgãos da justiça ordinária, na exata dicção do artigo 14.

Aos processos criminais aplicam-se as regras dos procedimentos ordinário, sumário ou especial, conforme a natureza do crime e o *quantum* da sanção penal cominada para o tipo, afastada completamente a aplicação do procedimento sumaríssimo, exceto quando se tratar de contravenção penal.

De sua vez, os recursos previstos contra as decisões proferidas por estes Juízos especializados, em matéria criminal, também são os previstos no CPP, livro III, título II (apelação, RESE, *habeas corpus* etc). Em conseqüência, os órgãos competentes para apreciação de tais recursos são as câmaras ou turmas criminais dos tribunais de justiça dos Estados e não as turmas recursais, estas últimas figuras criadas pela

Lei 9.099/95, inaplicável à esmagadora maioria dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Quanto aos processos de natureza cível, estes são quase que inteiramente regulados pelo Código de Processo Civil, especialmente seu Livro III, que trata dos processos cautelares, cuja natureza jurídica é a que mais se aproxima das medidas protetivas de urgência previstas nos artigos 22 a 24 da Lei 11.340/06.

Porém, diferente do que ocorre na esfera criminal, **a competência cível das Varas Especializadas na Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher não é exclusiva**. Assim, nada impede que as medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/06 sejam pleiteadas como medidas cautelares, preparatórias ou incidentais, nas Varas de Família e Registro Civil. Nesses casos, com a estrita observância do CPC.

Esclarecidas a natureza jurídica e as regras processuais aplicáveis às medidas protetivas de urgência, deflui-se com facilidade quais os recursos incidentes à espécie. É que, tendo a Lei Maria da Penha eleito como norma adjetiva de aplicação subsidiária o Código de Processo Civil, os recursos cabíveis contra as decisões emanadas nos processos sob a sua égide são os previstos no Livro I, Título X, da lei 5.869/73, sejam elas interlocutórias ou com ânimo de definitividade. Em resumo, contra as decisões judiciais de caráter cível proferidas em processos que tratem da matéria “violência doméstica e familiar contra a mulher”, os recursos mais comuns na primeira instância são o agravo de instrumento e apelação, a serem apreciados pelas turmas ou câmaras cíveis dos tribunais de justiça.

Como dito, tais situações foram prontamente contornadas pelo próprio Tribunal e hoje dificilmente se repetem, estando a matéria praticamente pacificada em todos os tribunais de justiça, aplicando-se simplesmente uma interpretação sistemática da própria Lei 11.340/06.

4 Conclusões

Após a vigência da Lei Maria da Penha, nenhum crime praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher pode ser nomeado de “infração penal de menor potencial ofensivo”. Portanto, afastada a incidência da Lei 9.099/95 a esses delitos, independentemente da pena cominada ou efetivamente aplicada.

Os órgãos judiciais criados em decorrência da Lei 11.340/06 não se tratam de juizados especiais, não obstante a nomenclatura que se lhes dê, posto que são Juízos a cujos processos aplicam-se as normas procedimentais previstas nos Códigos de Processo Civil e de Processo Penal, como a própria Lei Maria da Penha menciona em seu artigo 13. Tratam-se, portanto, de órgãos da justiça ordinária, na exata dicção do artigo 14.

Aos processos criminais aplicam-se as regras dos procedimentos ordinário, sumário ou especial, conforme a natureza do crime e o *quantum* da sanção penal cominada para o tipo, afastada completamente a aplicação do procedimento sumaríssimo, exceto quando se tratar de contravenção penal.

De sua vez, os recursos previstos contra as decisões proferidas por estes Juízos especializados, em matéria criminal, também são os previstos no CPP, livro III, título II (apelação, RESE, *habeas corpus* etc). Em consequência, os órgãos competentes para apreciação de tais recursos são as câmaras ou turmas criminais dos tribunais de justiça dos Estados e não as turmas recursais, estas últimas figuras criadas pela

Lei 9.099/95, inaplicável à esmagadora maioria dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Quanto aos processos de natureza cível, estes são quase que inteiramente regulados pelo Código de Processo Civil, especialmente seu Livro III, que trata dos processos cautelares, cuja natureza jurídica é a que mais se aproxima das medidas protetivas de urgência previstas nos artigos 22 a 24 da Lei 11.340/06.

Porém, diferente do que ocorre na esfera criminal, **a competência cível das Varas Especializadas na Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher não é exclusiva**. Assim, nada impede que as medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/06 sejam pleiteadas como medidas cautelares, preparatórias ou incidentais, nas Varas de Família e Registro Civil. Nesses casos, com a estrita observância do CPC.

Esclarecidas a natureza jurídica e as regras processuais aplicáveis às medidas protetivas de urgência, deflui-se com facilidade quais os recursos incidentes à espécie. É que, tendo a Lei Maria da Penha eleito como norma adjetiva de aplicação subsidiária o Código de Processo Civil, os recursos cabíveis contra as decisões emanadas nos processos sob a sua égide são os previstos no Livro I, Título X, da lei 5.869/73, sejam elas interlocutórias ou com ânimo de definitividade. Em resumo, contra as decisões judiciais de caráter cível proferidas em processos que tratem da matéria “violência doméstica e familiar contra a mulher”, os recursos mais comuns na primeira instância são o agravo de instrumento e apelação, a serem apreciados pelas turmas ou câmaras cíveis dos tribunais de justiça.

Proceedings related to the civil and criminal lawsuits at special courts (courts) of domestic and familiar violence against woman

Abstract

The Law nº 9.099/99 can't be enforced to the undecided procedures going through the special courts created as a result of the "Maria da Penha" Law. The criminal lawsuits observe the ordinary, the summary or the especial proceedings, according to the Code of Criminal Procedures. Therefore, the appeals against the decisions are the "appeal in strict sense", the "appeal", etc. Regarding the civil lawsuits, especially the "urgency protective measures" (articles 22 to 24 of the

Law nº 11.340/06), the rules of the Code of Civil Procedures are the ones to be used, mainly the proceedings for "Caution" Process. Consequently, the appeals to be wielded are those established at the Code of Civil Procedures, and must be judged by one of the several chambers of the Justice Court.

Key-words: Special Courts. Maria da Penha Law.

5 Referências

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **Consulta a jurisprudência do STF.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso: 06 set. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Consulta a jurisprudência do STJ.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso: 06 set. 2008.

CÓDIGO de organização judiciária do Estado de Pernambuco: Lei Complementar nº 100, de 21 de novembro de 2007. Recife : ESMape, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça:** A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007.

PERNAMBUCO. **Sistema LEGISPE – Base de dados da legislação estadual de Pernambuco.** Lei Estadual nº 13.169/06. Disponível em <<http://www.alepe.pe.gov.br>>. Acesso em: 04 abr. 2008.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado. **Consulta a jurisprudência do TJPE.** Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br>>. Acesso: 09 de set. 2008.

PORTO, Pedro Rui Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher – Lei 11.340/06 – análise crítica e sistemática.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. Competência na Execução Penal. **Revista da ESMape**, v.12, n. 26, tomo I, jul./dez. 2007.

Referência deste artigo

ALBUQUERQUE, Clécio Camêlo de. Dos procedimentos relativos aos Processos Cíveis e Criminais de competência dos juizados (varas) de violência doméstica e familiar contra a mulher. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 153-178, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

Apelação desafiando sentença que julga liminarmente improcedente o pedido: uma proposta de atuação mais ousada ao nosso legislador constituinte derivado, face à necessária atomização dos requisitos eleitos para o art. 285-A do CPC¹

Eduardo Porto Carreiro Neves

Graduando do 8º período do Curso de Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e vinculado ao programa de estágio do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, desde dezembro de 2007

Resumo

Analisam-se aspectos técnico-jurídico-formais pertinentes à nova redação atribuída ao comando do art. 285-A, do CPC, introduzida pela Lei nº 11.277/2006. Inicialmente, verifica-se que, a despeito de as expressões eleitas para redacionar o texto da lei não serem dotadas de elevada tecnicidade, o sentido ideal é criado pelo juiz. Para melhor compreender a temática controvertida, desdobram-se os termos que compõem o dispositivo. Tenta-se elucidar os três problemas sobre os quais pesa o abismo gnoseológico

tratado pela teoria do conhecimento e enfrentá-lo. Evidenciando melhor o novo feito desenhado pelo artigo 285-A na normatividade jurídica aponta-se a ADI proposta pelo Conselho Federal da OAB, abordando assuntos concernentes à constitucionalidade do dispositivo, sobretudo quanto à sua regular inserção, compatibilidade e legal formatação no ordenamento jurídico. Trata de demarcar se e em que medida há viabilidade das arguições de inconstitucionalidade deflagradas contra a Lei nº 11.277/2006.

>>

¹ Trabalho apresentado, em sessão pública, na primeira edição do "ESTUDOS ESTAGIÁRIOS DE MATÉRIAS DE INTERESSE DA JUSTIÇA FEDERAL", realizado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos dias 06 e 07 de outubro de 2008.

Explica os respectivos posicionamentos e situa a prevalência voltada à total aceitabilidade da investida legiferante. Seu objetivo é propor aos exercentes da função legislativa uma maior ousadia, ante os requisitos eleitos para ensejar a aplicabilidade do art. 285-A, do CPC. Ademais, faz-se alusão à medida recursal que sobeja possível contra a sentença de

improcedência fundada no dispositivo de lei que ora se estuda. Ao final, dá-se alguma atenção aos eventuais episódios processuais quando da hipotética interposição do recurso de apelação.

Palavras-chave: Art. 285-A, do CPC. Constitucionalidade. Lei nº 11.277/2006. Apelação.

Introdução: uma questão de suposta insuficiência do realismo constitucional do texto legal e o impacto tripartite entre atecnicidade, conservadorismo e instantaneidade

A idéia nuclear que anima os propósitos da formulação deste tema está sentada no objetivo de viabilizar a *uniformização* do debate constitucional concernente ao limite, aos efeitos e ao alcance do produto da atividade legiferante quando da decidibilidade de redacionar o texto normativo acrescido ao artigo 285-A do Código de Processo Civil, permitindo, desse modo, dispor da *pluralidade* dos elementos informativos possíveis, visando, ainda, sugerir a superação da inconfortável trave do conservadorismo que ainda se acomoda aos olhos de juristas e incomoda a questão pertinente à progressividade da qual se imprescinde a atividade de um judiciário sobrecarregado pela diferenciação multicêntrica das ordens normativas de uma sociedade moderna complexificada.

As perspectivas de resultado da pesquisa arvoram-se na demonstrabilidade das reflexões críticas doutrinárias, na marcha de: (a) elucidar a análise correspondente acerca do contra-senso << que enseja a esterilidade da Lei nº 11.277/06 e sua neutralização, até >> entre o paradigma da suposta insuficiência do realismo constitucional da lei e a subsequente incompatibilidade do artigo 285-A do Código de Processo Civil com a Constituição da República e a viável implementação da recente macro-

estratégia jurídico-normativa, revelando ocasião legislativa inadiável, tanto mais quanto à eficiência e à aceleração do exercício jurisdicional; (b) sugerir a abertura da tarefa hermenêutica útil como uma tentativa de resolver os incontornáveis abismos gnoseológicos espiralados em infinito entre o fato juridicamente relevante, a norma jurídica e a linguagem das fontes, que revela-se a causa por que de muitas das nossas confusões compreensivas não só no direito, mas, para nós, especialmente nele; (c) impactar contra a insensibilidade mundana que circunda sobre as idéias conservadoras ou, quando menos, pouco progressistas, as quais contudem e provocam o exercício do serviço legiferante de edificação dos textos normativos, no afã de selecionar teores literais para prescrições aplicandas, a partir dos quais o agente sentenciante criará, concretamente, o direito.

Cumpre ter presente que a matéria ora submetida à apreciação encontra-se disciplinada expressamente no preceito que consagra a possibilidade de o magistrado julgar *initio litis* improcedente o pedido veiculado na petição inicial, na medida em que observado o elenco dos requisitos contidos no comando legal do art. 285-A, do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 285-A.

Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Do exame do precitado dispositivo, infere-se que para a admissão da sua aplicabilidade, apta a ensejar o julgamento liminarmente improcedente, faz-se necessária a atomização de dois constrangedores requisi-

tos dogmáticos, a saber: (a) matéria controvertida unicamente de direito; e (b) no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos.

Com efeito, a constituição mórfico-gramatical das expressões eleitas à composição da estrutura textual do dispositivo em exame, não nos parece dotada de elevada tecnicidade. Considerando a não perceptibilidade lúcida do texto legal supratranscrito, concluímos que a ambigüidade e a vagueza findam por ensejar que os magistrados destinatários dêem-lhe conotação diversa da que porventura queiram ostentar.

Ocorre que, falar do significado ideal e das expressões lingüísticas destes conteúdos de sentido, bem difícil coisa é. Dedicemos, portanto, alguma atenção à tentativa de expressar em significantes a idéia, como segue:

Muita vez há que se nos apresenta um obstáculo do conhecimento, assim desenvolvido sob um estereótipo conceitual denominado abismos gnoseológicos², enfrentados pela teoria do conhecimento e que, no direito, recaem reciprocamente entre os fatos juridicamente relevantes; as idéias de razão, por assim dizer, normas jurídicas; e a linguagem, enquanto as fontes do direito, as quais são tentativas de exprimir na condição de significantes lingüísticos – mídias textual, gestual e falada – um conteúdo meta-físico, que é a idéia desenvolvida, senão também por outras, pela glândula pineal humana ou, simplesmente, Epífise³, revelando o significado, que são as normas, confere?

As idéias são, contudo, intransmissíveis. Nunca será possível, pelo menos entre nós, transmitir, por meio das nossas insuficientes mídias de comunicação, que são, repito, uma tentativa de redução a termo de um significado intangível – o texto, o gesto e a palavra – a idéia a que corres-

2 Por comungar dos conceitos analíticos descritivos das propriedades do objeto a que alude o seu criador, bem sejam compreendidos por todos Cf. ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 181-217.

3 ANDRÉ LUIZ (espírito); XAVIER, Francisco Cândido. **Missionários da luz**. 23.ed. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 1991. Cap. 2.

ponde. Então, juridicamente, a norma é o conteúdo racional, ideal que é revelado por uma fonte do direito de entre as quais, na nossa sociedade, a mais importante é a lei, embora não seja a única, que utiliza a mídia textual para a sua positivação no ordenamento jurídico dogmaticamente organizado.

Ora: e o texto da norma <<que não é norma, senão indício mediato do seu teor>> como pode ser entendido? Adoto a ótima conceituação, desenvolvida por Friedrich Müller para quem “O teor literal não é a lei, mas a forma da lei”⁴, servil para influir, por assim dizer, decisivamente, na fabricação da norma de decisão, a partir da norma jurídica criada idealmente pelo agente sentenciante.

O leitor atento observa que, conquanto seja mais um dos elementos metodológicos de interpretação, cujos enunciados são desprovidos de sentido, o texto da norma <<ele próprio>> “dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro”⁵.

Na hipótese, ao passo que revela-se contraproducente a adoção de um procedimento interpretativo, pura e simplesmente, literal do dispositivo, proficiente demonstra-se uma abordagem hermenêutica, para além de concretizante, sistemática e teleológica. Assim, e com essa abordagem interpretativa benfeitora, a atividade legiferante, aqui estudada, traduz-se verdadeiramente útil pela edificação dos objetivos concretos nela versados. Com efeito, trata-se de expediente enriquecedor que reduzirá o lapso temporal esperado a partir de quando se intenta uma ação, como veremos.

Contudo, é possível se ver, os operadores da justiça vêm se confrontando com os ideais do legislador, criando uma série de entraves,

4 MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**, trad. NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 101.

5 *Idem*, p. 56. Em virtude da repercussão jurídico-acadêmica de semelhantes afirmações e atento quanto aos elementos formalistas da teoria da moldura [Rahmentheorie] Kelseniana, o autor quis advertir, em duas palavras, que “A função limitadora do texto da norma não é idêntica à função de concretização do elemento gramatical. A decisão não se restringe à interpretação de textos, não fica colada ao teor literal não-mediato”; *idem*, p.75.

ao invés de azeitar o direito processual. Parece-nos proficiente essa condensação imediata do processo. ‘Zipar’ as matérias de defesa e de ataque jurídico-procedimentais suscita um melhor controle da lide, ao contrário, porém, de fomentar ininterruptas mudanças legais a contagotas.

Acrescente-se que a questão ora discutida é objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com fundamento no art. 103, VII, da Constituição da República, propôs a ação direta de inconstitucionalidade contra a lei nº. 11.277/2006 a qual acresceu o art. 285-A ao Código de Processo Civil, afeta à relatoria do Ministro Cezar Peluso (ADI/3695 - DF, Rel. Ministro Cezar Peluso, em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal, sob o protocolo nº 2006.41307, de 29.03.2006).

Muitos se comprazem com a vulnerabilidade do texto legal para deflagrar-lhe arguições de inconstitucionalidade. Conquanto respeitáveis, escassas e esvaziadas exibem-se e ostentam-se.

Deveras, questionemo-nos se referidas alegações apenas justificariam na hipótese de a sentença veicular medidas através das quais fosse atribuída a *procedência*, de pronto, ao demandante.

Decerto, a rejeição *in limine* é legítima, porque tem permissão para incidir uma vez constatada a manifesta *inexistência de direito*, isto é, quando revela-se patente que se trata de um pedido infundado, cuja inviabilidade é flagrante.

No ensejo, não poderia deixar enfatizar o entendimento perflhado por Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti⁶ para quem esta medida “(...) visa evitar sobrevidas desnecessárias a uma lide fulminável *ab ovo*, não por razões formais, mas ante a inexistência de direito

6 CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Considerações acerca da improcedência liminar nas ações repletivas**: um estudo sobre a compatibilidade do art. 285-A do código de processo civil com o sistema processual vigente. São Paulo: MP, 2007. p. 161.

a amparar a pretensão do autor”. Destarte a inexistência de direito, precaveja-se, difere do que nós chamamos de *contemplação apriorística da pretensão no sistema jurídico*, isto é, da impossibilidade jurídica do pedido que constitui a falta de condição da ação – 267, VI, do CPC – implicando na extinção do feito sem resolução do mérito, o que ensejaria a renovação da ação, esvaziando o sentido do dispositivo (o qual detém caráter meritório e que, findo os prazos recursais, perfaz coisa julgada material, obstando a repropositura da mesma ação, confere?).

É, pois, salutar tal implementação no afã de ‘zipar’ as etapas procedimentais inteiramente prescindíveis e alcançar uma mais célere prestação jurisdicional, enquanto atuais fins colimáveis, consoante com os ditames de berço constitucional.

1 A natureza da controvérsia e a integral improcedência do *decisum*

1.1 Matéria Controvertida

Principia-se o exame dos termos eleitos pelo parlamento para redacionar o texto do artigo 285-A do CPC, advertindo que a ausência de contestação, no primeiro episódio processual, implica a inexistência de controvérsia, porquanto se a pessoa contra quem a ação foi intentada – tecnicamente falando, ainda não réu - nem mesmo foi cientificada das alegações contra ela imputadas, por conseguinte não as contra atacou e, subsequentemente, não houve a configuração de qualquer litígio ou controvérsia (*Cf.* CPC: art. 219).

Controvérsia, técnico-processualmente, alude à questão sobre o conteúdo da qual há, pelo menos, duas interpretações distintas, em virtude do que provirá, necessariamente, o embate das respectivas alegações e sem a configuração do que inexistirá para o mundo jurídico.

1.2 Questão exclusivamente de direito

De início, realce-se que matérias unicamente de direito são aquelas nas quais se discute, unicamente, *u.g.* se a norma contém algum vício quanto à sua constitucionalidade, aplicação, autêntica ou ilegítima validade. São elas, a dizer: (a) demandas previdenciárias nas quais servidores públicos federais postulam a concessão de vantagens pessoais ou a revisão geral anual de suas remunerações; (b) tributárias mediante as quais as empresas objetivam afastar definitivamente a exigência de pagamento das contribuições para o PIS e a COFINS sobre a parcela do ICMS ou casos legais de embargos à execução fiscal os quais versam sobre a aplicabilidade da taxa SELIC aos débitos tributários, a devida imposição de multa moratória e às meras irregularidades constantes da CDA.

Sem incorrer em repetição do mesmo texto feito quando da elaboração das linhas do parágrafo anterior, alinho a seguir as mesmas razões expendidas no ensinamento de Cândido Dinamarco⁷ para quem, a matéria exclusivamente de direito alude à discussão acerca de “interpretação de textos, jurisprudência, conceitos doutrinários, aplicabilidade da norma ao caso etc.”, cuja apreciação jurídica dispensa qualquer tipo de exame probatório da parcela factível que envolve o caso jurisdicionalizado.

Observe-se: não haveria de existir, em princípio, matérias exclusivamente de direito ou de fato. É sustentável a idéia, esta sim, segundo a qual as questões, como que, seriam preponderantemente de direito ou prevalentemente de fato quando, em respectivo: (a) prescindindo do exame fático-probatório ulterior, o magistrado sentenciante vislumbra a satisfação daquele outrora analisado na etapa *tradutória* da qualificação << suficiência da prova para constatar a mais mínima verossimilhança das alegações alusivas aos fatos correspondentes >>, em virtude do que formara sua convicção e limita-se - porquanto já mapeada as demar-

7 DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v.2, p.555.

cações legais - à análise exclusivamente do que preceitua o texto normativo; (b) na etapa *enquadratória* não se puder prescindir da análise de provas, porquanto a legalidade, única e exclusivamente, revela-se insuficiente para a inteira justeza que deve marcar o processo subsuntivo.

Para nós, desconsiderando a idéia segundo a qual constatada a manifesta improcedência do pedido deduzido na inicial, o juiz indefere-a sob o fundamento de impossibilidade jurídica do pedido << uma vez que a sentença proferida pelo magistrado sentenciante detém caráter meritório, em virtude do que ensejará, findo os prazos recursais, a coisa julgada material >> perceba-se a inteligência do fundamento de que, mais vale a convicção já formada pelo magistrado sentenciante - em razão do julgamento de outros casos idênticos - acerca dos efeitos jurídicos que provirão das alegações que instruem a inicial, à veracidade ou não verdade do suporte fático trazido à baila jurisdicional. Eis a causa por que de alguns defenderem o caráter de dispensabilidade da comprovação dos fatos narrados, porquanto ainda que o fossem, conservar-se-ia o juiz na sua concluída qualificação jurídica, desacreditando na positividade dos efeitos que decorreriam da anuência judicial concernente à tradução e enquadramento pretendidos pelo autor em sua peça inicial.

Conclua-se, portanto, que para a aplicabilidade do artigo 285-A do CPC, num primeiro momento, é suficiente que apenas o juiz rejeite a consequência jurídica que advirá se o pleito for julgado procedente, independente da comprovação dos fatos alegados na inicial.

Nessa contextura, cumpre enfatizar, todavia, que por zelo do causídico cauteloso e diligente, atento para o conteúdo contido na nova lei, será inadmissível qualquer omissão quanto ao cumprimento do requisito exigido no artigo 283 do CPC, alusivo aos documentos imprescindíveis à propositura da ação, nada obstante a sua ausência não gerar qualquer prejuízo contra o demandante, mas apenas a título de posterior análise pelo tribunal, garantindo tranqüilidade no eventual porvir e, na ocasião, o hipotético acordo pela reforma da sentença, ato para a legitimidade

do qual necessita-se compatibilizá-lo com o teor do artigo 515, §3º, do CPC.

Ademais, se se fala em casos idênticos apreciados no mesmo juízo, não me parece lúcido admitir que o legislador constituinte derivado, em nome do princípio da aceleração processual, não poderia ter ampliado o objeto hipotético de incidência da regra aplicanda. Poder-se-ia julgar *prima facie* improcedente o pedido deduzido na inicial, mesmo que envolvesse matéria de fato, em caráter excepcional, todavia, se a questão factível fosse para além de manifestamente improcedente, idêntica à outra aprioristicamente analisada no juízo *lato sensu*. Quanto à suposta inconstitucionalidade concernente ao atentado contra o direito de o réu oferecer defesa, mediante a produção de provas, argüida no debate acadêmico, esta seria facilmente ultrapassada, a partir de duas evidentes vigas argumentativas, a saber: (a) não havendo apelação do autor em desfavor do réu, este seria o direto beneficiário da sentença que julgou improcedente o pedido. E mais: na hipótese de o tribunal acordar pelo não provimento do recurso de apelação, o apelado continuaria a ser o beneficiário primeiro da respectiva decisão proferida pelo órgão *ad quem*; e (b) se for provida a apelação interposta pelo autor ora apelante para determinar a *anulação* da sentença – e apenas nesta hipótese –, para além de ter sido assegurado o direito de o réu ora apelado contra-arrazoar as alegações oferecidas em sede recursal, os autos processuais haverão de retornar ao juízo *a quo*, hipótese em que o réu, em 15 dias, poderá apresentar sua contestação, evidenciando todas as respostas que convierem pertinentes, inclusive lançando o seu arsenal probatório revelador da real verdade que paira sobre a faticidade do caso *sub iudice*. Com efeito, encontramos-nos diante de um quadro provocante que contunde o promovente e beneficia a pessoa contra quem a ação foi promovida.

De se acrescer que, em princípio, inexistente qualquer agravo ao direito de resposta do réu, pelo que mostra-se uma proposta plausível de atuação jurisdicional, a uma porquanto permanece intocável o princípio

do contraditório e da ampla defesa; a duas porque aplicável aos casos em que é flagrante a inexistência de direito, isto é, nos quais não há a mais mínima aparência de direito.

Ademais, defende Eduardo Cambi⁸:

O objeto de manifestação do réu é limitado. A relação processual se completa, em segundo grau de jurisdição, mas não se assegura o *contraditório pleno* ao demandado que só se pronuncia quanto à existência dos pressupostos recursais e à correta aplicação do art. 285-A do CPC. É por isso que o tribunal, ao julgar o recurso, deve se ater, rigorosamente, aos requisitos do art. 285-A do CPC, não podendo inovar, para dar *provimento* ao recurso, com o intuito de julgar procedente o pedido.

A despeito do referido entendimento segundo o qual a resposta contestativa do réu é mais ampla que as contra-razões, em virtude de comportar não só a contestação, mas também as exceções e a reconvenção, dispensa qualquer progressividade na tentativa de subalternizar idéias museológicas. Forçando mais o raciocínio: provido o recurso e, estando o tribunal plenamente apto a julgar não só a apelação, mas também o mérito da controvérsia, mediante decisão definitiva, em virtude do que *reformada* restará a sentença *a quo*, os autos não serão remetidos à primeira instância, ocasião em que o réu teria a possibilidade de oferecer sua resposta. Eis a razão por que de o réu ora apelado apresentar todas as formas de defesa pertinentes (contestação; exceção ou reconvenção), em sede de contra-razões. Uma alternativa *sui generis* para um caso igualmente singular.

⁸ CAMBI, Eduardo. **Notas sobre questões recursais envolvendo a aplicação do art. 285-A do CPC.** Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins 11, São Paulo: RT, 2007, p. 64.

1.3 As expressões “no juízo” e “sentença”

1.3.1 A questão da limitação territorial

O juízo provocado é aquele para o qual destina-se a aplicação da norma processual. No entanto, para nós, o termo “juízo” utilizado na estrutura frásica do texto legal alude ao âmbito de jurisdição intranacional, à circunscrição legal enquanto noção território-nacional, não se restringindo às instâncias, varas, magistrados. É, pois, o juízo *lato sensu* perante o qual o caso será traduzido e enquadrado à normatividade jurídica vigente, como vimos. Do contrário, correr-se-ia o risco de restringir o campo de atuação do exercente do ofício jurisdicional.

Contudo, não há como negar que a reiteração dos termos da *sentença* modelo anteriormente prolatada seja um *requisito formal* contido na lei em exame. Nós diríamos um requisito formal tolo, em seu substrato conteudístico, tendo em vista a palavra “sentença”, apontando, necessariamente, pelo menos num primeiro momento, para que o termo “juízo” só pudesse ser entendido como unidades de jurisdição de primeira instância, o que, na nossa interpretação, não alcançaria a inteireza da finalidade para a qual foi destinado, qual a aceleração da máquina judicial, mas tão somente parte dela, revelando-se uma mudança, senão ainda obsoleta, em pouca medida progressista. Diante da instantaneidade contemporânea e dos avanços sempre muitíssimo acelerados que marcam a sociedade atual, a otimização das atividades jurídico-profissionais na busca da eficiência e celeridade é o que postulam os jurisdicionados.

Logo, para nós, embora o legislador constituinte derivado tenha adotado o termo “juízo” para redacionar o significante normativo, sugerimos sua leitura não só enquanto uma unidade de serviço dentro da justiça, porquanto numa dimensão mais favorável ao avanço, haveríamos de admitir, para além da única << bem respaldada doutrinariamente >> outra intenção,

como que, por dentro da atividade legiferante, que nos diga da noção de territorialidade intranacional do organismo judicial em todas as suas instâncias de jurisdição.

1.3.2 A prescindibilidade de posicionamentos sumulados

A idéia demasiadamente cautelosa e pouco aderente ao progresso cria, como que, súmula de primeiro grau, porquanto e na medida em que à aplicação do artigo 285-A, do CPC, defendem, é imprescindível que os fundamentos aventados na sentença atual estejam aprioristicamente sumulados pelo Supremo ou STJ.

Cassio Scarpinella Bueno vislumbra a referida necessidade. Para ele, dever-se-ia aceitar a expressão “sentença do juízo” enquanto “súmula ou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”, porquanto a vinculação faz-se indispensável à obtenção de um processo civil todo uniformemente coerente.

Com efeito, não foi esta a intenção do nosso legislador constituinte derivado. Decerto, não integra o rol de requisitos do sobredito artigo a imprescindibilidade da existência de súmula do STF ou STJ, bastando que, para tanto, o magistrado prolator da sentença, não tenha adotado entendimento manifestamente contrário ao posicionamento dos tribunais em vinculação aos quais encontre-se situado << o que faz toda a diferença do mundo >>. A seu turno, é evidente, porém, que não se pode, isto sim, aplicar tal dispositivo se existirem súmulas ou jurisprudências dominantes, nas instâncias superiores, em sentido contrário àquele que conduz e alicerça a sentença, porquanto se aplicado fosse, nesta hipótese, o art. 285-A, certamente o autor interporia o recurso de apelação, o juiz retratar-se-ia ou não e, em caso de hipótese negativa, o

⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v.2, p. 55.

tribunal ao receber a apelação concluiria pelo não merecimento do seu trânsito e haveria de aplicar o artigo 557, do CPC, *in verbis*:

Art. 557.

O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Acolher, pois, a sentença de primeiro grau enquanto paradigma hermenêutico de fundamentação da sentença atual, não deve, necessariamente, estar fundada em súmula dos tribunais superiores, pois, assim, reduzir-se-á a arena de desempenho do magistrado sentenciante, na medida em que a sua decisão individual, única e irrepetível estará condicionada à existência de súmulas no STF ou STJ.

1.3.3 O caráter massificado das demandas

Ademais, sugere-se que os casos repetitivos não sejam entendidos de modo restrito enquanto apenas demandas de massa. Assim, o simples fato de a tese legal já ter sido analisada, pelo menos duas vezes, pelo juízo *lato sensu*, e desde que não contrarie o posicionamento dos tribunais superiores – não necessariamente sumulados – permite que o juiz aplique o artigo 285-A, do CPC, independentemente de os casos terem sido reiteradas vezes julgados totalmente improcedentes. Logo, prescinde-se do caráter de massificação das demandas à aplicabilidade do dispositivo a que se refere.

Em que pese o entendimento de Leonardo José Carneiro da Cunha¹⁰ e compreendendo sua atenção para a isonomia da qual não se pode prescindir, não nos parece a melhor proposta doutrinária, como segue:

¹⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Breves notas sobre o art. 285-A do CPC**. Processo Civil: aspectos relevantes. Estudos em homenagem ao prof. Humberto Teodoro Junior. São Paulo: Método, 2007, v.2, p.400.

Quando o dispositivo exige que sua aplicação depende de a matéria controvertida ser unicamente de direito, está a referir-se a *demandas de massa*. Tal circunstância corrobora o entendimento – ora manifestado – segundo o qual o artigo 285-A, do CPC tem sua aplicação limitada às demandas de massa.

Sabendo-se que o juiz não está vinculado aos posicionamentos dos tribunais recursais e superiores – porquanto esses também podem ser diferentes, em se tratando de um mesmo caso – desde que não haja precedentes sumulados <<pela própria base lógica do sistema>> basta, para a aplicação do dispositivo, que tenha havido sentença de total improcedência em outros casos idênticos. Ora: isto já indica a preocupação com a isonomia que deve pairar sobre os jurisdicionados, ensejando uma maior confiança no ingresso em juízo, sem a necessidade, contudo, de os casos serem massificados, confere?

Com efeito, não nos é dado saber perante qual juízo *stricto sensu* a ação tramitará e, portanto, saber qual será a disciplina aplicada bem difícil coisa é. Advirta-se que o entendimento da corrente mais pequena, o qual eu adiro e segundo o qual o juiz *deve* aplicar o dispositivo, não prevalecendo o caráter facultativo da norma, enseja uma elevada dose de segurança jurídica e isonomia – importando, como que, análogo raciocínio do seguimento legal juspublicista. A despeito deste problema alusivo ao “poder” do magistrado, não vislumbra-se a necessidade de se tratar de demandas massificadas à incidência do comando normativo aqui estudado, para somente assim ver plenamente assegurados os princípios sobreditos, pois nesta esteira, estar-se-ia realizando uma tarefa comissiva típica do legislador constituinte, adicionando mais um requisito ao texto da norma.

Por óbvio, se se tratar de demandas massificadas, a solução correspondente haverá de ser idêntica. Não se pode, contudo, pensar só nas demandas de massa. Significa dizer, o motivo por que de o legislador consagrar em sede normativa jurídico-processual a racionalização de

julgamentos não se mostra umbilicalmente associada, necessária e unicamente, às demandas massificadas, mas especialmente a elas – o que também faz toda a diferença do mundo.

1.3.4 A índole cogênte da norma

Conviria muita ponderação antes de afirmativas desse jaez. Na idéia de função estatal o *dever* é cimeiro, porquanto ao sujeito exercente da função pública é-lhe conferido o manejar de poderes, porquanto e na medida em que sem os quais não ensejaria o suprimento do dever finalístico que os precede, justifica e legitima. Isto é, os poderes estão, pois, secundariamente atrelados ao cumprimento do escopo legal ao qual estão vinculados - à oferta de uma atividade serviente contínua e inintermitente de zelo e trato essencial às demandas as quais merecem, senão a tutela, quando menos, o exame jurisdicional, no mais mínimo intervalo temporal. Sem, contudo, deslembrar da devida maturação processual, em virtude da qual motivará a sua respectiva prolação e em razão do que pôde embasar-se à sua correspondente promanação. Então: deve, logo pode.

Analisando detidamente a questão da *obrigatoriedade* da aplicação da norma por parte do juiz, poder-se-ia dizer: não me parece desarrazoado que o juiz fique com o dever de aplicar a regra e não com a faculdade para fazê-lo, tanto mais porquanto se se admitir que, nas palavras de Pontes de Miranda, “O juiz apresenta o Estado” e, portanto, não o representa, admitir-se-á que este sujeito processual, enquanto agente do poder público estatal, que se empenha ao alcance de interesses alheios àqueles que lhe são próprios, haverá de respeitar o dever-poder imposto pela Administração Pública a si própria – eis o motivo por que de o Estado atuar *per legem* e, concomitantemente, *sub legem* consoante com o princípio da subordinação política ao poder jurídico - sendo incompatível com a respectiva performance, a idéia do agir facultativo << o que

se diferencia do princípio do livre convencimento do julgador >>. Tal princípio pode ser constatado na hipótese do § 1º, do artigo 285-A, do CPC – e não do *caput* – à luz do qual é dado ao juiz retratar-se e, subsequentemente, convencer-se da melhor medida a ser destinada ao sujeito legal inaugurador da demanda, a que se possa alcançar a resolubilidade do caso jurisdicionalizado. Isto é, se a matéria for exclusivamente de direito e já houver sido analisado no mínimo dois casos idênticos àquele ora posto *sub judice*, o juiz *deve* aplicar a norma referida, não sendo eliminada a possibilidade de ele, ao examinar melhor os fatos, retratar-se ante a interposição do recurso de apelação.

1.4 Dispensa do caráter integral quantitativo dos pedidos precedentemente improcedentes e o feito numérico dos casos idênticos

Cinge-se a questão em verificar a significância dos termos que compõem o título do presente subcapítulo. Dedicaremos alguma atenção a desvelar, neste módulo investigativo, que nada do que o autor alega e comprova na inicial merece guarida judicial daquele que *apresenta* o Estado. Se assim o é, os casos paradigma devem trazer não teses jurídicas idênticas quantitativamente apresentadas, senão fundamentação jurídica inteiramente aproveitável para julgar improcedente aquele mesmo pedido deduzido, ao menos, pela terceira vez perante os órgãos jurisdicionais.

Situação de peculiar relevo mostra-se quando a inicial traz à baila jurídica, cumulativamente, pedidos de entre os quais apenas um não foi aprioristicamente posto em exame, em virtude do que – ele próprio – não admite a aplicação da norma comentada. Cassio Scarpinella Bueno¹¹, a seu turno, anota essa hipótese de incidência na medida em que:

¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v.2, p.76.

juízos não se mostra umbilicalmente associada, necessária e unicamente, às demandas massificadas, mas especialmente a elas – o que também faz toda a diferença do mundo.

1.3.4 A índole cogente da norma

Conviria muita ponderação antes de afirmativas desse jaez. Na idéia de função estatal o *dever* é cimeiro, porquanto ao sujeito exercente da função pública é-lhe conferido o manejar de poderes, porquanto e na medida em que sem os quais não ensejaria o suprimento do dever finalístico que os precede, justifica e legítima. Isto é, os poderes estão, pois, secundariamente atrelados ao cumprimento do escopo legal ao qual estão vinculados - à oferta de uma atividade serviente contínua e inintermitente de zelo e trato essencial às demandas as quais merecem, senão a tutela, quando menos, o exame jurisdicional, no mais mínimo intervalo temporal. Sem, contudo, deslembrar da devida maturação processual, em virtude da qual motivará a sua respectiva prolatação e em razão do que pôde embasar-se à sua correspondente promanação. Então: deve, logo pode.

Analisando detidamente a questão da *obrigatoriedade* da aplicação da norma por parte do juiz, poder-se-ia dizer: não me parece desarrazoado que o juiz fique com o dever de aplicar a regra e não com a faculdade para fazê-lo, tanto mais porquanto se se admitir que, nas palavras de Pontes de Miranda, “O juiz apresenta o Estado” e, portanto, não o representa, admitir-se-á que este sujeito processual, enquanto agente do poder público estatal, que se empenha ao alcance de interesses alheios àqueles que lhe são próprios, haverá de respeitar o dever-poder imposto pela Administração Pública a si própria – eis o motivo por que de o Estado atuar *per legem* e, concomitantemente, *sub legem* consoante com o princípio da subordinação política ao poder jurídico - sendo incompatível com a respectiva performance, a idéia do agir facultativo << o que

se diferencia do princípio do livre convencimento do julgador >>. Tal princípio pode ser constatado na hipótese do § 1º, do artigo 285-A, do CPC – e não do *caput* – à luz do qual é dado ao juiz retratar-se e, subsequentemente, convencer-se da melhor medida a ser destinada ao sujeito legal inaugurador da demanda, a que se possa alcançar a resolubilidade do caso jurisdicionalizado. Isto é, se a matéria for exclusivamente de direito e já houver sido analisado no mínimo dois casos idênticos àquele ora posto *sub judice*, o juiz *deve* aplicar a norma referida, não sendo eliminada a possibilidade de ele, ao examinar melhor os fatos, retratar-se ante a interposição do recurso de apelação.

1.4 Dispensa do caráter integral quantitativo dos pedidos precedentemente improcedentes e o feito numérico dos casos idênticos

Cinge-se a questão em verificar a significância dos termos que compõem o título do presente subcapítulo. Dedicaremos alguma atenção a desvelar, neste módulo investigativo, que nada do que o autor alega e comprova na inicial merece guarida judicial daquele que *apresenta* o Estado. Se assim o é, os casos paradigma devem trazer não teses jurídicas idênticas quantitativamente apresentadas, senão fundamentação jurídica inteiramente aproveitável para julgar improcedente aquele mesmo pedido deduzido, ao menos, pela terceira vez perante os órgãos jurisdicionais.

Situação de peculiar relevo mostra-se quando a inicial traz à baila jurídica, cumulativamente, pedidos de entre os quais apenas um não foi aprioristicamente posto em exame, em virtude do que – ele próprio – não admite a aplicação da norma comentada. Cassio Scarpinella Bueno¹¹, a seu turno, anota essa hipótese de incidência na medida em que:

¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v.2, p.76.

(...) se a anterior sentença rejeitar um determinado pedido (correção monetária no período '1') mas o 'novo processo' cumular a este um outro pedido, relativo a correção monetária em outro período, o período '2'. O caso é de rejeição parcial da petição inicial. O processo nessas condições, prosseguirá com a citação do réu para defender-se do pedido não rejeitado (referente à correção monetária no período '2'), o que não significa que o autor não poderá apresentar recurso de agravo de instrumento contra aquela decisão de indeferimento parcial da petição inicial.

Para nós a viabilidade da aplicação deve preponderar. Se não mostra-se razoável <<porquanto pouco eficiente, e, portanto, o objetivo de agilizar a tramitação restará prejudicado>>, a obrigatoriedade da qual é dotado o exercício da atividade público-jurisdicional restará vazia, em virtude da não configuração da hipótese adequada à incidência do texto da norma, como que, na hipótese, inapropriada, até, ao fundamento de uma sentença, cujo novo conteúdo de procedência parcial é estranho à própria finalidade do tipo legal.

Na esteira particular do que revelam-nos os "casos", merece destaque a advertência de que é imprescindível a identidade de argumentação para a aplicabilidade do dispositivo, porquanto se assim não o fosse, estar-se-ia admitindo, conseqüentemente, que o caso atual não revela-se idêntico àqueles já examinados pelo juízo *lato sensu*, sendo, pois, por uma questão de ordem lógica, inadmissível a aplicação da lei. Isso não implica na necessidade de serem os mesmos pedidos deduzidos outrora para os quais já fora proferida sentença. Faz-se necessário, isto sim, a total improcedência pretérita do(s) pedido(s) mais uma vez deduzido(s) contemporaneamente. Logo, deve(m) ser idêntico(s) o(s) pedido(s), mas não precisa(m), em quantidade, ser o(s) mesmo(s), porquanto analisado(s) de forma individualizada.

Admitamos, fundados na convidativa mestria didática da lição ensinada por Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti¹² e considerando

12 CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Considerações acerca da improcedência liminar nas ações re-**

o teor do art. 292, do Código de Processo Civil, uma querela judicial na qual se postule, a um só tempo, pedidos singularmente cumulados. Acompanhem com atenção:

Ora, a experiência forense mostra que é expressamente comum a cumulação de pedidos nas iniciais. Observe-se que a hipótese de uma quantidade X de processos, em que se tenha, no primeiro, pedidos A, B, C e D, no segundo, B, C e D, no terceiro, B e A, no quarto, B e D, sempre com o pedido B julgado integralmente improcedente, que, em uma nova ação, se pleiteia apenas B. Pergunta-se: seria possível a aplicação do art. 285-A, do CPC? A resposta deve ser afirmativa, pois o pedido B fora já julgado, em vários casos, *improcedente*, não importando, no contexto, se se encontrava cumulado com outros pedidos nas ações anteriormente ajuizadas. Nessa hipótese, aplicável, sem dúvida, o disposto no art. 285-A, do CPC vigente.

Entendamos casos idênticos, contudo, não como identidade de ações a que se refere o artigo 301, §2º, do CPC, pois assim estar-se-ia diante de um quadro de litispendência ou coisa julgada, o que implicaria na extinção do processo sem resolução do mérito (267, V, do CPC). Com efeito, não é isso que ocorre.

Nessa contextualização, à configuração de casos idênticos é inequivocamente prescindível que as partes sejam idênticas, mas tão somente que sejam os mesmos pedido – singularmente considerado – e *causa petendi*. A propósito, não se faz indispensável, todavia, os mesmos pedidos – plural – porquanto cada pedido deve ser analisado apenas no que se lhe mostre peculiar, em individual; tampouco, a reprodução dos idênticos fundamentos, porquanto se o pedido é singularmente considerado e a parte fundamenta aquilo que postula, não é necessário que a inicial em análise contenha a mesmíssima fundamentação, tanto mais porque a sentença atual pode não versar sobre algum pedido veiculado

Petitivos: um estudo sobre a compatibilidade do art. 285-A do código de processo civil com o sistema processual vigente. São Paulo: MP, 2007, p. 170-171.

nas ações outrora analisadas, concluindo que é possível a aplicação do art. 285-A do CPC, mesmo que o *quantum* petitório seja reduzido, em relação aos diversos pedidos deduzidos anteriormente em casos idênticos, bastando para tanto que o *pedido* contemporaneamente pleiteado tenha sido julgado totalmente improcedente em no mínimo dois casos pretéritos.

Demais disso, à lúcida ponderação acerca do que alude o termo “casos idênticos”, não se pode deixar de dissociá-lo, terminantemente, daquilo que se sabe acerca de “demanda” ou “ação”. Sabido é que, consoante o comando contido no artigo 301, do CPC estas últimas revelam-se aquelas para a concretização das quais devem possuir as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir. Com efeito, não é essa a significância do termo “caso”, uma vez que, constatando o juiz as identidades sobreditas, o processo seria extinto sem resolução do mérito, de acordo com o próprio efeito decorrente da verificação de lide pendente. Portanto, a identidade de “casos” muito se distingue do significado das expressões “causas ou demandas” e “ações”.

Ademais, cumpre enfatizar que se se fala em outros casos previamente julgados, falar-se-á necessariamente num requisito numérico que aponta para a necessidade de haver pelo menos duas sentenças paradigma de total improcedência.

2 Arguições de inconstitucionalidade

A alegação de patente transgressão aos parâmetros legais, pela atividade legiferante que deflagrou a inserção do artigo 285-A no Código de Processo Civil sofreu um inchaço com a proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade, na qual se discute a abusividade ou não da norma, ante a excepcionalidade com a qual esse dispositivo se reveste.

2.1 Princípio constitucional do direito de ação

Na ação Direta de Inconstitucionalidade sustenta a Ordem dos Advogados do Brasil que “O direito de ação é, pela norma fustigada, limitado, restringido, ante a eliminação que se faz do procedimento normal pela pronta prolação da sentença emprestada”. Ademais, assevera que “O direito de ação é direito de provocar o surgimento da relação processual triangular (autor-juiz-réu). Afastada tal possibilidade no âmbito de primeiro grau, exsurge sua evidente restrição” (ADI/3695 - DF, Rel. Ministro Cezar Peluso, em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal, sob o protocolo nº 2006.41307, de 29.03.2006).

O direito de ação nada mais é senão a possibilidade de o jurisdicionado acionar a função jurisdicional de índole publicista, subjetivista e abstrata.

A tutela jurisdicional bem diferente coisa é. Enquanto o direito de ação será sempre e integralmente assegurado, a qualquer tempo, ainda que a sentença seja de total improcedência, neste caso, diferentemente, o promovente não terá a *tutela jurisdicional*, mas o mérito da causa é julgado e a jurisdição prestada, nos estritos termos da Constituição da República.

Conclua-se que não se trata de uma negação do direito de ação. O que há, isto sim, é a negativa do direito à tutela jurisdicional, ante à inexistência do direito substancial que alicerce o seu fundamento e garanta a guarida judicial.

Há, é certo, quem indague: trata-se de impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que inexistente a respectiva condição da ação ou trata-se de uma sentença de mérito?

Ora: na primeira hipótese ter-se-ia a extinção do feito sem resolução do mérito, sendo possível, portanto, a renovação da mesma ação.

Para nós, trata-se de inexistência de direito constatada com o exame reiterado de casos idênticos anteriormente julgados, em virtude do que o magistrado sentenciante extinguirá o processo com resolução do mérito, findo o prazo recursal, constituirá coisa julgada material, pelo que inadmissível far-se-á a sobredita renovação.

Nesse sentido, afigura-se razoável a aplicação do comando normativo.

2.2 O devido processo legal

Numa perspectiva apriorística, se não existe a convocação citatória da pessoa contra quem a ação foi proposta, inexistirá relação processual tripartite, em virtude do que não haverá como, pragmaticamente, ao pretense vencedor ser-lhe desferidos golpes processualmente inconstitucionais. Isto é, o julgamento de proclamação da improcedência do pedido não priva, nem enseja o sofrimento da parte passiva mediante os efeitos negativos da sentença. Não aponta qualquer atentado aos seus direitos, antes indica-os.

Reputa-se, pois, descabida a alegação de inconstitucionalidade.

2.3 A ampla defesa

Passa-se, pois, ao exame da alegada inconstitucionalidade do princípio do contraditório – notadamente na hipótese de provimento da apelação – com base, exclusivamente, no arcabouço normativo que rege as medidas de improcedência liminar.

A negativa de oportunidade de manifestação daquele contra quem se dirige a pretensão não implica violação ao princípio do contraditório, porquanto o conhecimento de pronto do juiz só o beneficia e favorece.

A título de exemplificação revela-se salutar a hipótese legal em que o magistrado julga o pedido de liminar, ainda que na ordem inversa à qual dispõe o art. 285-A, concedendo-a *inaudita altera parte*. Se o magistrado pode conceder liminar meritória em desfavor da pessoa contra a qual foi intentada a ação sem citá-la, com muito maior razão, poderá beneficiá-la com sentença igualmente meritória.

In casu, a apresentação das formas de defesa do réu é apenas postergada, diferida para um momento superveniente e eventual – o qual dar-se-á perante a instância revisora, se o autor interpuser a apelação – não sofrendo, essencialmente, qualquer tipo de contusão grave em seus direitos da ampla defesa e contraditório. Noutras palavras, a apresentação do correspondente contra-ataque é apenas submetido a uma condição suspensiva, a partir da qual apenas dar-se-á ensejo à resposta do demandado, a que possa demonstrar suas tese e alegação convenientes, se houver a interposição do recurso de apelação pela parte autora, perante o tribunal imediatamente superior.

Ademais, se se fosse inconstitucional por ferir o princípio do contraditório, seriam igualmente inconstitucionais as hipóteses previstas no artigo 295, do CPC, notadamente aquela fundada na qual o juiz indefere, de pronto, a inicial, ante a constatação da prescrição ou findo o prazo decadencial.

O contraditório teria sido importunado, se houvesse julgamento liminarmente *procedente*, implicando na perda de uma chance para a parte adversa apresentar sua defesa e, ainda que eventualmente, poder persuadir o juiz da veracidade das alegações por ele formuladas.

Demais disso, como se pode admitir ofensa ao princípio da ampla defesa, se este é destinado ao benefício da parte adversa a qual encerra o primeiro episódio processual como vencedor não do embate – porquanto inexistente controvérsia – mas em face da sentença liminar de improcedência?

Siga-se o exame da alegada inconstitucionalidade no que tange à segurança jurídica.

2.4 A Segurança Jurídica

Não se pode deixar de ressaltar que evidentemente, ao inverso de receio, apreensão e temor, dá-se a conhecer um processo de uniformização de julgados por parte dos exercentes da função jurisdicional, o que não só não implica a conseqüência insegurança, mas faz ensejar alta medida de segurança àqueles que compuseram ou comporão a relação jurídico-processual.

2.5 O Direito de Defesa

É inoportuno argüir a ocorrência de supressão arbitrária do direito de defesa daquele que, de acordo com o entendimento que corrobora tal atentado, é o primeiro beneficiário da sentença de improcedência. Isto é, para nós, não configura manifesto e irreversível prejuízo, uma vez que até enquanto intocável a assentada monocrática, estará a beneficiá-lo e, apenas a partir da eventual alteração reformadora pelo tribunal é que, respeitados os limites de atuação, o réu ora apelado restará vencido.

A latere, descabe cogitar do eventual agravo contra o direito de defesa porquanto implicaria chancelar equívocidade argumentativa.

Conquanto respeitáveis, incorrentes as hipóteses argüidas de inconstitucionalidade, porquanto demonstrado o não atentado a qualquer direito supostamente contuso.

3 Apelação desafiando a sentença de improcedência antecipadamente proferida

Ora: quais os efeitos recursais da norma aplicanda? Dedicemos, agora, alguma atenção ao episódio processual, através do que busca-se a *anulação* ou *reforma* da sentença de total improcedência

In casu, a única solução que sobeja possível é o recurso de apelação, para a interposição do qual a parte disporá de 15 dias, devendo o juiz, necessariamente determinar a ordem de “cite-se”, a que o réu possa apresentar seu arsenal defensivo.

Principie-se o exame pela análise acerca da eventual retratabilidade do magistrado julgante.

É evidente que, uma vez retratando-se o juiz, não poderá, de pronto, na oportunidade, julgar procedente o pedido, na medida em que, aí sim, estar-se-ia a fustigar as garantias atribuídas à pessoa de quem, com a citação, será dotada do status de réu, importunando o *due process of law* e os demais princípios que dele promanam. Significa dizer: na hipótese de retratabilidade, apenas em momento superveniente àquele durante o qual é-lhe oportunizado o prazo de 15 dias para, querendo, ‘contestar’ – conseqüência, como que, simultânea à convocação citatória – é que o magistrado sentenciante poderá, ao convencer-se do contrário, proceder a alteração da sentença, levando a desapoiar e desfavorecer a parte adversa outrora beneficiada.

Proferida a sentença fundada no artigo 285-A do CPC, e interposta a apelação, surgem algumas hipóteses, a saber: (a) não recebimento do recurso, com base no art. 518, §1º, do CPC de acordo com o qual “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”; (b) retratação do juiz e prosseguimento da marcha processual na primeira instância, hipótese em que ordenará a

citação da parte adversa, pelo que uma vez ciente da ação é-lhe atribuída a condição de réu; ou (c) não se convencendo o juiz de seu hipotético desacerto, admitindo a apelação, de igual modo, convocará o demandado para contra-arrazoar o recurso, oportunidade em que deverá, cautelosamente, apresentar todas as eventuais formas de defesa que reputar convenientes << advirta-se que a resposta do réu não se restringe à contestação, senão revela avultada soma de instrumentos com os quais pode contra-atacar os fatos deduzidos na inicial, a si imputados. São as hipóteses de reconvenção e/ou exceção >>.

Logo, não havendo o recurso, não haverá réu, porquanto é, pelo próprio texto legal, “dispensada a citação” e, conseqüentemente, a sua participação na fase principal do processo. Poder-se-ia pensar: ora, mas o requerido será cientificado da demanda, em qualquer das hipóteses, confere? Com efeito, mesmo nos casos de ausência do recurso, ante a sentença definitiva de improcedência << com resolução de mérito >> implicando no seu trânsito em julgado, pelo que origina a coisa julgada material, com a proveniência da qual é desfeito a reinteposição de idêntica demanda, o promovido será avisado da ação para efeitos de resguarde na eventualidade de o autor promover o mesmíssimo pleito acionário. Contudo, o informe far-se-á por via de *intimação* – e não citação – através da qual comunica-se um ato processual já consumado a alguém, não tendo tal comunicado o condão de caracterizá-lo réu.

Em sede recursal, pode o tribunal manter a sentença, por convicção da improcedência do pedido; e, dando-lhe provimento, decidir: (a) o mérito do recurso – e não pela segunda vez o da controvérsia – em virtude de não se tratar da hipótese de incidência da norma, pelo que determinará a nulidade da sentença, a remessa dos autos ao juízo *a quo* para que o magistrado *intime* a parte ré, dando-lhe, no prazo legal de 15 dias, a faculdade de apresentar qualquer de suas defesas e dar prosseguimento à marcha regular do feito, isto é, embora situado à dimensão da extemporaneidade, o réu será citado para apresentar a seu arsenal

defensório, não obstante já ter sido julgado, no tribunal, precedente a apelação do autor; (b) novamente o mérito da controvérsia, embora pela primeira vez no tribunal, mediante decisão definitiva, reformando a sentença recorrida, sem a necessidade de determinar a remessa dos autos processuais ao juízo que exarara a respectiva decisão ora reformada e (c) pela reapreciação do mérito da controvérsia, ora estabelecida – antes inexistente – reformando a sentença, mesmo na hipótese de não ter havido a citação do réu, ocasião em que para a condenação do qual imprescindem-se de esta ser precedida da aplicação do § 4º do art. 515 do CPC, segundo o qual:

Art. 515. *omissis*

§ 4º “Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação”.

Neste passo, percebe-se que, uma vez provida a apelação, o réu será condenado pela decisão da instância revisora, analogamente ao que dispõe o art. 515, § 3º do CPC.¹³ É que, se preenchidos os requisitos legais que autorizam o julgamento da lide, de imediato, pelo Tribunal, prescindir-se-á do retorno dos autos ao Juízo *a quo*, na medida em que se cuida de causa exclusivamente de direito, bem como de processo que tramitou em todas as suas fases essenciais a permitirem o satisfatório deslindamento da contenda.

Todavia, convém seja dito, alguns entendem que o provimento da apelação restringe-se à hipótese de anulação da sentença fustigada, o

¹³ Neste sentido, vejamos: “O tribunal pode, ao prover o recurso, rejulgar o mérito porque a matéria é exclusivamente de direito e, portanto, não necessita de dilação probatória. Esse procedimento é compatível com o efeito devolutivo da apelação, estatuído no CPC 515, notadamente no § 3º. No rejuízo do mérito, o tribunal pode inverter o resultado da demanda, de improcedência para procedência, e dar ganho de causa ao autor. Daí a necessidade de o réu ser citado para acompanhar o recurso e, nas contra-razões, aduzir toda a matéria de defesa como se contestasse. Caso o tribunal dê provimento ao recurso, mas determine o prosseguimento do processo no primeiro grau de jurisdição, o réu será intimado (a citação já ocorreu) para oferecer contestação” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. N. 16 ao art. 285-A, p. 483).

que implica o retorno dos autos à primeira instância e a determinação do prosseguimento da marcha regular do feito. Com base neste raciocínio pergunta-se: por que não admitir a aplicação do dispositivo nos casos em que a matéria seja também de fato, já que o réu, necessariamente, deverá ser intimado para oferecer contestação, mesmo tendo sido assegurada (para nós) a apresentação, nas contra-razões, de todo arsenal probatório do qual legalmente dispõe, depois de citado?

Considerações conclusivas: uma sugestão de interpretação conforme, mas mais extensiva aos horizontes linguísticos de positivação face à aurora de um novo tempo de interpretação jurídico-processual

Recebemos preciosa recomendação de serviço. A colaboração providencial do legislador revela-se edificante e se verifica eficaz nas mais recônditas regiões do Brasil. Os respectivos labores intelectuais e o mover de braços na edificação útil da obra Estatal, (não só) não se constituem *contra-legem*, antes indicam um recurso auxiliativo dotado de uma considerável dose de ideais favoráveis ao avanço, em face da diferenciação que marca a rutura ocorrida entre as ordens sociais, na modernidade.

Estou convicto de que tal esforço representa contribuição essencial e que a sociedade encontra-se dotada do sentimento de aceitabilidade desta investida legal. Retiremos, pois, mais dividendos desta implementação legiferante, verificando que alguns argumentos desafinados com o 'Lá' do diapasão da progressividade, embora respeitáveis, não se coadunam com as expectativas de uma sociedade complexificada. Asseverar a reserva na aplicabilidade do preceito legal em comento << exatamente porque tal disparate legislativo, dizem, traduz modificações ilegítimas, valendo dizer, jurisdicionalmente invalidáveis, porquanto imprudentes e

insensatas, as quais afrontam a constituição da República >> é revelar a união congênere com uma visão centralista e redutora do avançado exercício de elaboração das leis. E ainda, acredito que seria possível dizer ao Legislador: nós, na condição de aplicadores e/ou jurisdicionados, esperávamos de si uma maior ousadia, haja vista a instantaneidade de que reclama um judiciário sobrecarregado, pelo advento da crise do direito proveniente com a modernidade.

Sem embargo, se houve algum deslize não foi por permitir a prolação *in limine* da sentença nos termos em que foi arquitetada, senão por ter-se revelado muito acanhado em não permitir essa mesma medida providencial numa perspectiva ampliativa, sempre que o magistrado sentenciante à sua evidência constatar que a ação é absolutamente depauperada e que, por mais que se dê continuidade ao processo, não há como reverter a pré-visão inicial de improcedência aprioristicamente mapeada.

Apetece-me muitíssimo, pois, a investida legiferante.

Ademais, ninguém nega o dado da linguagem segundo o qual a vagueza e a ambigüidade estão sempre presentes em todos os símbolos linguísticos, por mais simples que sejam. Ora bem, este é o papel do legislador: fazer o texto. E os juízes? Os juízes utilizam-no, diuturnamente. Resultado: dizer o sentido e o alcance das palavras que compõem o teor literal da prescrição aplicanda é tarefa complexa e constante da e na magistratura. Não se enganem: o juiz cria direito casuisticamente.

Então, a despeito desse enigma hermenêutico, na análise dos conceitos de significante ou linguagem (quer dizer, o que literalmente significa) adotada pelo parlamento na feitura da lei e de significado ou norma (mais bem traduzida por idéia, como queria Platão), enquanto conteúdo substancial do signo lingüístico associado ao significante ou, em outras palavras, o sentido que está por dentro da linguagem expressada pelas mídias, *in casu*, a textual, a eleição, pelo decididor, de uma metodologia

interpretativa concretizante apta ao apuramento e aferição da verdade e à pronúncia do justo revela ótima abordagem hermenêutica à tentativa de otimizar o papel do texto no alcance da norma jurídica, ensejando a uniformização de dados materiais e formais para a criação da norma de decisão. Eis a essência medular, aquela mais indispensável na função jurisdicional: tentar sugerir o quê e qual é o melhor direito (valor), e não dizer, pura e simplesmente, da melhor forma, o direito (conjunto de textos) que deve prevalecer.

Divulga-se não uma, mas mais uma engenhosa estratégia processual sofisticada, através da qual será alcançada, aceleradamente, a culminância da atuação jurisdicional, traduzindo ocasião legislativa inadiável.

Na ocasião, estou inteiramente convencido de que não implica em afronta às grandes vigas principais do direito a escolha eleita pelo constituinte, mas, ao inverso, se está a engendrar esforços, empenhados na busca de fazer prevalecer o princípio da eficiência também de berço Constitucional.

Trata-se de um texto legal benfeitor e que representa a aurora de um novo tempo impregnado de esperança para aqueles abatidos pela angústia da incerteza e pelo desgosto de ver suas vidas jurisdicionadas serem arrastadas por indesculpável lapso temporal. Ei-lo. Eis o espírito do legislador: evitar que seja processado um pedido - à evidência - manifestamente improcedente.

Traduz, pois, oportunidade decidenda verdadeiramente preciosa aos agentes judicantes que já têm olhos de ver.

Apelation challenging sentence that initially rejects the request: a proposal for the more daring constituent derived by the requirements elected to enable the applicability of article 285-A of the CPC.

Abstract

This work analyses the normative order from the article 285-A of the CPC, introduced by Federal Law No. 11.277/2006. Initially, it appears that, despite the expressions elected to the text of the standard are not equipped with high technicality, the ideal sense is created by the judge. To better understand the topic at issue, breaks down the terms that make the norm. We try to elucidate the three issues on which weighs the gnoseologic abyss treated by the theory of knowledge and face it. Highlighting the best new scenario designed by Article 285-A in the legal norms points to the ADI proposal by the Federal Council of OAB, addressing

issues concerning the constitutionality of the norm, especially regarding its regular integration, compatibility and formatting in legal and constitutional order. This note is to demarcate and to verify in what extent there is viability of unconstitutionality arguments against Federal Law No. 11.277/2006. Its goal is to rise the application of this institution by legal professionals. At the end, there is some attention to procedural events that may occur when the plaintiff decides to appeal.

Key-words: Article 285-A of the CPC. Constitutionality. Law No. 11.277/2006. Appeal.

Referencias

Artigos periódicos

CAMBI, Eduardo. **Notas sobre questões recursais envolvendo a aplicação do art.285-A do CPC, Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins** 11. São Paulo. RT, 2007.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Considerações acerca da improcedência liminar nas ações repetitivas:** um estudo sobre a compatibilidade do art. 285-A do código de processo civil com o sistema processual vigente. São Paulo: MP, 2007, p. 157-173.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Breves notas sobre o art. 285-A do CPC, Processo Civil**: aspectos relevantes. Estudos em homenagem ao prof. Humberto Teodoro Junior. São Paulo: Método, 2007.

DUARTE, Bento Herculano. **Constitucionalidade do novel artigo 285-A do CPC (decisão liminar de improcedência), Processo Civil**: aspectos relevantes. Estudos em homenagem ao prof. Humberto Teodoro Junior. São Paulo: Método, 2007.

LIMA, Patrícia Carla de Deus. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins 11**. São Paulo: RT, 2007.

SOUZA, Gelson Amaro de. Sentença de mérito sem a citação do réu (art. 285-A do CPC). **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 43. São Paulo: Dialética, 2006.

Livros

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Tereza; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 2**. São Paulo: RT, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do código de Processo Civil**: Comentários sistemáticos às Leis n. 11.276, de 7.2.2006, 11.277, de 7.2.2006, e 11.280, de 16.2.2006. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.2.

DINAMARCO, Cândido. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1 e 2.

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

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**, trad. NAUMANN, Peter. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LUIZ, ANDRÉ. (espírito); XAVIER, Francisco Cândido. **Missionários da luz**. 23.ed. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 1991. Cap. 2.

Textos legais

BRASIL. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. Artigos: 285-A; 515, § 3º e 4º; 283; 267, VI; 297; 557; 518, §1º; 292; e 739, III. Org: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

Documentos oficiais

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3695/DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República/Congresso Nacional. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, 29/03/2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 29/08/2008.

Documentos virtuais

NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. **Da inconstitucionalidade do art. 285-A do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.277/2006, por violação ao princípio do contraditório**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1059, 26 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8457>>. Acesso em: 07 jul. 2008.

SCHULZE, Clênio Jair. **Afinal, há inconstitucionalidade no art. 285-A do CPC?** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 20, out. 2007. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao020/clenio_schulze.html>. Acesso em: 05 ago. 2008.

O direito à vida e a biotecnologia

Fernando Antonio Sabino Cordeiro

Especialista em Direito Público e Privado pela Faculdade de Direito de Pernambuco - Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.
Juiz de Direito Titular da Comarca de Orobó-PE. Juiz Eleitoral da 96ª Zona Eleitoral.

Resumo

O avanço da biotecnologia possibilitou a manipulação de embriões humanos. A discussão sobre o início da vida de cada ser humano envolve mais do que definições meramente pautadas na ótica da Biologia, mas envolve questionamentos éticos, teológicos e filosóficos. A dimensão da vida humana, à luz do Direito, requer o aprofundamento do conceito relativo à pessoa humana. O reconhecimento da

dignidade da pessoa humana abrange o próprio direito à vida como direito subjetivo primordial. O embrião não é apenas um projeto de vida humana, mas é uma etapa do desenvolvimento do ser humano, e como tal deve ser respeitado.

Palavras-chave: Biotecnologia. Embriões. Vida. Direito.

1 Introdução: biotecnologia e natureza humana - questionamentos éticos

As mais recentes descobertas no campo da genética e da biotecnologia, com a possibilidade da clonagem humana, o desenvolvimento de técnicas de reprodução humana reacendeu a discussão nos conceitos da concepção humana, da definição de pessoa, e necessariamente das implicações nos direitos da personalidade.

A identificação do genoma humano implica em diversos questionamentos entre os quais o do uso indiscriminado dos dados obtidos, com a conseqüente violação do direito à vida e a intimidade de cada pessoa.

Referência deste artigo

NEVES, Eduardo Porto Carreiro. Apelação desafiando sentença que julga liminarmente improcedente o pedido: Uma proposta de atuação mais ousada ao nosso legislador constituinte derivado, face à necessária atomização dos requisitos eleitos para o art. 285-A do CPC. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 179-212, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

O direito à vida e a biotecnologia

Fernando Antonio Sabino Cordeiro

Especialista em Direito Público e Privado pela Faculdade de Direito de Pernambuco - Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

Juiz de Direito Titular da Comarca de Orobó-PE. Juiz Eleitoral da 96ª Zona Eleitoral.

Resumo

O avanço da biotecnologia possibilitou a manipulação de embriões humanos. A discussão sobre o início da vida de cada ser humano envolve mais do que definições meramente pautadas na ótica da Biologia, mas envolve questionamentos éticos, teológicos e filosóficos. A dimensão da vida humana, à luz do Direito, requer o aprofundamento do conceito relativo à pessoa humana. O reconhecimento da

dignidade da pessoa humana abrange o próprio direito à vida como direito subjetivo primordial. O embrião não é apenas um projeto de vida humana, mas é uma etapa do desenvolvimento do ser humano, e como tal deve ser respeitado.

Palavras-chave: Biotecnologia. Embriões. Vida. Direito.

1 Introdução: biotecnologia e natureza humana - questionamentos éticos

As mais recentes descobertas no campo da genética e da biotecnologia, com a possibilidade da clonagem humana, o desenvolvimento de técnicas de reprodução humana reacendeu a discussão nos conceitos da concepção humana, da definição de pessoa, e necessariamente das implicações nos direitos da personalidade.

A identificação do genoma humano implica em diversos questionamentos entre os quais o do uso indiscriminado dos dados obtidos, com a conseqüente violação do direito à vida e a intimidade de cada pessoa.

Referência deste artigo

NEVES, Eduardo Porto Carreiro. Apelação desafiando sentença que julga liminarmente improcedente o pedido: Uma proposta de atuação mais ousada ao nosso legislador constituinte derivado, face à necessária atomização dos requisitos eleitos para o art. 285-A do CPC. *Revista da ESMape*, Recife, v. 13, n. 28, p. 179-212, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

A reflexão sobre as implicações morais, éticas, geradas pela tese de eliminação de embriões com doenças genéticas, com hemofilia, por exemplo, deve considerar o risco de promovermos uma autêntica eugenia, classificando as pessoas como normais, adequadas, inadequadas, úteis e inúteis. Existe o perigo da utilização destes dados no mercado de trabalho, na contratação de seguros, por exemplo.

A partir do momento em que o homem passou a compreender e dominar os mecanismos de surgimento e desenvolvimento do ser humano, nasceu a necessidade de discussão ampla do desenvolvimento de controles de natureza ética e legal.

Questionamentos nunca indagados ou jamais pensados exigem avaliações reais, trazendo a lume o descompasso das normas jurídicas ante o surgimento de novas relações humanas, decorrentes dos avanços da Biogenética, da Embriologia, da Biologia como um todo. Nestes casos deparamo-nos com problemas de natureza ética e também relacionado ao Direito.

Há informes científicos de nascimento de bebês a partir de embriões que permaneceram congelados por doze anos e depois foram implantados no útero com desenvolvimento satisfatório¹. Anteriormente, o máximo de tempo de embrião congelado para posterior implantação no útero materno fora de sete anos².

A BBC noticiou que uma mãe³ no Canadá congelou os próprios óvulos a fim de que a filha⁴, com sete anos de idade, a qual tinha uma doença que não podia ter filhos, pudesse usá-los no futuro, e dar à luz um irmão ou irmã. O fato foi revelado numa conferência da European Society for Human Reproduction and Embryology, em Lyon, na

1 A. Revel, A. Safram, N. Laufer, A. Lewin, B. E. Reubinov, A. Simon, Twin delivery following 12 years of human embryo cryopreservation: Case report, *Human Reproduction* 19, p. 328, 2004.

2 S. Ben-Ozer, M. Vermesh, Full term delivery following cryopreservation of human embryos for 7.5 years, *Human Reproduction* 14, p. 1650, 1999.

3 Melanie, advogada.

4 Flavie Boivin, acometida da Síndrome de Turner.

França. O Congelamento foi realizado por especialistas do McGill Reproductive Center, liderada pelo médico Seang Lin Tan (ROBERTS, 2007: on-line).

A revista "Time" em uma de suas edições aborda o caso de uma fertilização ocorrida "in vitro", em que o ser humano gerado tem patrimônio genético da doadora e do marido de uma outra mulher que recebeu o óvulo fecundado, em cujo seio se desenvolveu a gravidez (ELMER-Dewitt, 1990, p.40). Como escolher entre duas mulheres, cada uma se declarando ser a mãe da criança? O juiz Richard Parslow da Corte de Califórnia declarou que a maternidade seria atribuída à mãe que cedeu o material genético (TIFFT, 1990, p. 45). Esta é apenas uma das muitas situações ligadas diretamente ao conceito de pessoa, nas quais são rediscutidos os conceitos de concepção, de nascituro e os direitos de personalidade.

O embrião humano vivo, a partir da fusão dos gametas tem identidade própria, inclusive com patrimônio genético diferenciado do pai e da mãe, portanto, tem direito à própria vida, ainda que o seu desenvolvimento seja de forma gradual, mas coordenado e contínuo. A consideração do embrião humano como indivíduo humano, leva ao questionamento sobre a personalidade já que é insustentável a afirmação de inexistência de vida.

Embora haja desencontros, quanto às informações científicas, o fato é que no mundo inteiro as pesquisas caminham em busca do uso de células-tronco para fins terapêuticos discutindo-se ainda o seu uso em clonagens. Diante da possibilidade do uso de células-tronco embrionárias discutem-se as limitações nos campos biológicos, como por exemplo, a capacidade de desenvolvimento de câncer, nos aspectos éticos e religiosos, referentes à intangibilidade da vida humana independentemente de seu estágio de desenvolvimento.

A reflexão sobre as implicações morais, éticas, geradas pela tese de eliminação de embriões com doenças genéticas, com hemofilia, por exemplo, deve considerar o risco de promovermos uma autêntica eugenia, classificando as pessoas como normais, adequadas, inadequadas, úteis e inúteis. Existe o perigo da utilização destes dados no mercado de trabalho, na contratação de seguros, por exemplo.

A partir do momento em que o homem passou a compreender e dominar os mecanismos de surgimento e desenvolvimento do ser humano, nasceu a necessidade de discussão ampla do desenvolvimento de controles de natureza ética e legal.

Questionamentos nunca indagados ou jamais pensados exigem avaliações reais, trazendo a lume o descompasso das normas jurídicas ante o surgimento de novas relações humanas, decorrentes dos avanços da Biogenética, da Embriologia, da Biologia como um todo. Nestes casos deparamo-nos com problemas de natureza ética e também relacionado ao Direito.

Há informes científicos de nascimento de bebês a partir de embriões que permaneceram congelados por doze anos e depois foram implantados no útero com desenvolvimento satisfatório¹. Anteriormente, o máximo de tempo de embrião congelado para posterior implantação no útero materno fora de sete anos².

A BBC noticiou que uma mãe³ no Canadá congelou os próprios óvulos a fim de que a filha⁴, com sete anos de idade, a qual tinha uma doença que não podia ter filhos, pudesse usá-los no futuro, e dar à luz um irmão ou irmã. O fato foi revelado numa conferência da European Society for Human Reproduction and Embryology, em Lyon, na

1 A. Revel, A. Safram, N. Laufer, A. Lewin, B. E. Reubinov, A. Simon, Twin delivery following 12 years of human embryo cryopreservation: Case report, *Human Reproduction* 19, p. 328, 2004.

2 S. Ben-Ozer, M. Vermesh, Full term delivery following cryopreservation of human embryos for 7.5 years, *Human Reproduction* 14, p. 1650, 1999.

3 Melanie, advogada.

4 Flavie Boivin, acometida da Síndrome de Turner.

França. O Congelamento foi realizado por especialistas do McGill Reproductive Center, liderada pelo médico Seang Lin Tan (ROBERTS, 2007: on-line).

A revista "Time" em uma de suas edições aborda o caso de uma fertilização ocorrida "in vitro", em que o ser humano gerado tem patrimônio genético da doadora e do marido de uma outra mulher que recebeu o óvulo fecundado, em cujo seio se desenvolveu a gravidez (ELMER-Dewitt, 1990, p.40). Como escolher entre duas mulheres, cada uma se declarando ser a mãe da criança? O juiz Richard Parslow da Corte de Califórnia declarou que a maternidade seria atribuída à mãe que cedeu o material genético (TIFFT, 1990, p. 45). Esta é apenas uma das muitas situações ligadas diretamente ao conceito de pessoa, nas quais são rediscutidos os conceitos de concepção, de nascituro e os direitos de personalidade.

O embrião humano vivo, a partir da fusão dos gametas tem identidade própria, inclusive com patrimônio genético diferenciado do pai e da mãe, portanto, tem direito à própria vida, ainda que o seu desenvolvimento seja de forma gradual, mas coordenado e contínuo. A consideração do embrião humano como indivíduo humano, leva ao questionamento sobre a personalidade já que é insustentável a afirmação de inexistência de vida.

Embora haja desencontros, quanto às informações científicas, o fato é que no mundo inteiro as pesquisas caminham em busca do uso de células-tronco para fins terapêuticos discutindo-se ainda o seu uso em clonagens. Diante da possibilidade do uso de células-tronco embrionárias discutem-se as limitações nos campos biológicos, como por exemplo, a capacidade de desenvolvimento de câncer, nos aspectos éticos e religiosos, referentes à intangibilidade da vida humana independentemente de seu estágio de desenvolvimento.

Atravessamos uma fase situada entre a ficção científica e a realidade das terapias médicas de eficácia comprovada. Tudo isso demanda a necessidade de uma reflexão profunda sobre o tema da personalidade e da pessoa humana.

Os embriões usados atualmente em experiências provêm das fecundações realizadas em clínicas de fecundação *in vitro*. É preciso notar, que na fecundação “*in vitro*” exige-se a formação de muitos embriões, todavia, apenas um será implantado no útero, os outros são descartados, porém conservados vivos em câmaras de baixíssima temperatura. Sabe-se que somente no processo de congelamento e descongelamento, trinta por cento dos embriões morrem⁵. Não há ainda técnica capaz de evitar a perda de embriões durante o processo de congelamento.

Ainda assim a quantidade de embriões que pode ser obtida por este meio é totalmente insuficiente para as experiências que se realizam com as CTEH⁶. Por isso, outra linha de pesquisa existe hoje: a clonagem terapêutica.

Não se pode ainda afirmar com exatidão a possibilidade da clonagem humana para fins reprodutivos, mas nem por isso devemos não discutir o assunto, pois envolve a possibilidade de ser usada como técnica de reprodução artificial a exemplo do que já ocorre com os processos de inseminação artificial. Notamos que o enfoque dado na evolução dos direitos subjetivos da pessoa humana procurou nas últimas décadas avançar principalmente em relação aos direitos humanos como um todo, fácil notar o objeto final, isto é, a proteção da dignidade da humana, e neste ponto os direitos de personalidade exercem a tutela.

Dos mais diversos pontos de vistas, ético, moral, biológico, teológico, do direito, a indagação ante a complexidade do tema é por demais relevante porque o fenômeno da possibilidade de manipulação

5 J. Toner, *Transfer of Frozen Embryos into a Surrogate's Natural Cycle*, disponível em : <http://www.surrogacy.com/medres/article/frozvsn.html>.

6 Células-tronco embrionárias humanas.

de material genético humano, com a conseqüente clonagem seja para fins reprodutivos ou terapêuticos, resultando na existência de embriões excedentes, leva-nos ao questionamento dentro do próprio direito, da problemática das raízes da existência humana.

2 A dignidade da pessoa humana, manipulação de embriões: aspectos jurídicos

No plano constitucional não se pode ignorar a importância do tema ante a acolhida pelos textos constitucionais de normas em defesa da dignidade da pessoa, abrangendo a própria liberdade de ser e tutelando a pessoa humana como tal. A Constituição da República Federativa do Brasil consagra em seu preâmbulo os direitos individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, como valores supremos. O art. 5º da Constituição também consagra o direito à vida: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida [...]”. A vida é tutelada, portanto é assegurado a todo material vivo esta tutela jurídica.

A sociedade organizada como estado de democrático de direito alinha-se em valores éticos e morais reconhecidos pela própria sociedade, os quais serão assumidos pelo texto constitucional constituindo-se em princípios e direitos fundamentais, os quais não podem ser contrariados nem desrespeitados. O Estado deve existir em função da pessoa humana, no sentido de que faça prevalecer o princípio da dignidade humana.

Vacval Havel⁷ acerca do princípio da dignidade humana destaca:

Tomemos o conceito de dignidade humana. Ele permeia todos os direitos humanos fundamentais e os documentos relativos aos di-

7 Vaclav Havel, dramaturgo e estadista tcheco. O Tribunal da humanidade. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, p. A-3, 28 jun. 1998.

reitos humanos. Para nós, isso é tão natural que achamos que nem sequer faz sentido indagar o que realmente significa a dignidade humana, ou por que a humanidade deveria possuí-la, nem tampouco nos indagamos por que razão faz sentido que todos nós a reconheçamos uns nos outros e uns para os outros. As raízes mais profundas do que chamamos direitos humanos se encontram além e acima de nós, em algum lugar mais profundo do que o mundo dos contratos e acordos humanos. Elas têm sua origem no âmbito metafísico.

Ensina Oliveira Ascensão:

[...] A dignidade da pessoa humana implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ela justificados e impostos, que assegurem esta dignidade social. Esses direitos devem representar um mínimo, que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver sua personalidade. Mas devem representar também um máximo, pela intensidade da tutela que recebem [...] (ASCENSÃO, 1998:64).

A questão da dignidade da pessoa tratada no âmbito constitucional, remete-nos ao questionamento da manipulação de material genético, como por exemplo, o tecido humano, para fins de pesquisa.

Sérgio Ferraz, abordando a matéria da manipulação genética humana, aduz:

Estamos a lidar com questões que, praticamente na sua totalidade, se revelam despidas, entre nós, de trato normativo infraconstitucional. Em nossa opinião não há qualquer inconveniência que assim seja: por uma parte, a doutrina jurídica a respeito, ainda é extremamente parca e incipiente [...] ademais, parece inexistir, sobre tudo isso, um mínimo de consenso social, que pudesse comportar soluções legislativas." (FERRAZ, 1991, p.51).

Cabe a reflexão sobre o papel do Direito ante as técnicas utilizadas pela ciência e os princípios da bioética. De fato, a partir da filosofia

Kantiana, a dignidade da pessoa humana, é um valor incontestável considerando o ser humano como um fim em si mesmo e nunca como meio para atingir determinado fim (Ferraz, 1991, p. 20).

As novas possibilidades científicas não implicam necessariamente valia ética, nem licitude jurídica, por isso não podemos perder de vista a assertiva de que as novas técnicas devem servir à pessoa.

Não se poderia atribuir legitimidade a um modelo jurídico que levasse em consideração somente o princípio do custo-benefício social, desconsiderando o princípio da autodeterminação individual, porque isto traria um paradoxo enorme por desprezar outros valores importantes e essenciais à vida em comunidade. As constituições modernas adotam uma hierarquia de valores tomando como referência a pessoa, ainda que voltadas para a procura do bem-estar social, ao proclamarem o valor intrínseco da pessoa, a qual deve ter condições de uma interação com a própria comunidade.

Numa sociedade alicerçada no estado de direito, os valores tidos relevantes por esta sociedade são assumidos pela Constituição. São elevados à condição de direitos ou princípios fundamentais, imutáveis e invioláveis, os valores éticos e morais situados como essenciais à sociedade.

Neste aspecto a Constituição da República Federativa do Brasil no seu preâmbulo proclama o Estado Democrático instituído com o fim, dentre outros de: "[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar [...]". No art. 5º do texto constitucional acha-se garantido a inviolabilidade do direito à vida, como princípio constitucional centralizado na pessoa humana, como garantia da própria identidade e do próprio desenvolvimento. A identidade pessoal definida com direito de ser, como tal, abrangendo o respeito à imagem, à honra, à participação como pessoa nos seus mais diferentes matizes: ideológico, morais, sociais, religiosas.

3 A personalidade e a caracterização dos direitos de personalidade

O Código Civil demarca o início da personalidade a partir do nascimento com vida, mas a partir da concepção reconhece os direitos do nascituro. Identificamos dois momentos distintos: a aquisição de direitos a partir da concepção e a aquisição da personalidade.

Ocorrida a concepção surgem os direitos dos nascituros, e a partir do nascimento com vida há o início da personalidade civil.

A partir do período do compreendido entre a concepção e o nascimento existem direitos ou expectativa de direitos? Anacleto de Oliveira responde que: “se o Código alude “aos direitos” do nascituro é porque lhe reconhece capacidade. “(FARIA, 1973, p.125).

Em ralação à pessoa humana, a personalidade como aptidão genérica compreende também o conjunto de caracteres da própria pessoa. Os direitos da personalidade são os relativos ao próprio ser humano, fazem parte da própria existência, como a vida, a liberdade, a identidade, a honra, a filiação, a intimidade.

O art.5º da Constituição da República Federativa do Brasil elenca alguns direitos da personalidade:

“X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]”.

A caracterização dos direitos da personalidade envolve controvérsias. Admitir que sejam os relativos à pessoa, parece ser uma construção vazia, porque de fato os direitos se destinam às pessoas. Juristas com Puchata, Gierke, Koheler, Gareis, no século XIX, procuraram desenvolver uma teoria científica do direito da personalidade, sem, contudo satisfazerem ao conceito do termo personalidade (MORAES, 1984, p.15), assim termos como “esfera da personalidade”, modo de ser, não servem

para conceituar em sua inteireza a essência do termo personalidade. Argüi-se em que consiste a personalidade enquanto aptidão genérica para ser sujeito ou pessoa. A pesquisa e a reflexão neste campo são imprescindíveis principalmente se considerarmos a existência de vida a partir da concepção.

Se não cabe ao Direito cercear o desenvolvimento científico, todavia, necessária é a normatização de parâmetros nos quais sejam assegurados os valores correspondentes à dignidade da pessoa humana os quais dizem respeito ao reconhecimento intrínseco e extrínseco da humanidade presente em cada pessoa.

Incurções na filosofia e na teologia tomista trazem elementos para entendermos melhor o conceito de direitos da personalidade. A utilização do termo “persona” significando indivíduo humano deu-se inicialmente no Direito Romano, todavia a pesquisa do conceito de pessoa como caracterizador do ser humano iniciou-se a partir da filosofia patrística. Na perspectiva da metafísica a relação de subsistência⁸ e substância corresponde à relação entre os termos personalidade e pessoa (MORAIS, 1984:17). Santo Tomás define: “Persona [...] significat id quod est perfectissimum in tota natura, scilicet subsistens in rationali natura est rationalis naturae individua substantia”⁹ (AQUINO, 1996, p.40).

Convém deixar demarcado que a personalidade não é um direito em si, mas um conjunto de atributos e aptidões da pessoa humana, ligada ao próprio viver do homem, dela decorrem direitos justamente como garantia do exercício deste poder ou para assegurar a possibilidade de exercer.

Na conceituação de direitos da personalidade, devem-se entender estes bens como parte integrante do próprio homem, como o corpo, a psique, a vida, porque dizem respeito à substância em si mesma, do ponto de vista jurídico desdobrados como direito à saúde, à integridade psíquica, à imagem, à liberdade, à dignidade, à intimidade e outros.

⁸ Aptidão para ser sem dependência. Independência própria da substância, a qual é em si e não em outra coisa.

⁹ A pessoa é uma substância, subsistente, individual de natureza da natureza racional.

A ordem jurídica contemporânea identifica faculdades atinentes ao ser humano, na condição de indivíduos e de pessoa. Dentro desta perspectiva a doutrina classifica os direitos de personalidade em duas categorias de natureza geral: os direitos de personalidade adquiridos, e os direitos de personalidade inatos (PEREIRA, 1995, p.153).

Os direitos de personalidade inatos, doutrinariamente sustentados pelos naturalistas, são sobrepostos a qualquer ordem jurídica porque nascem com a condição humana, são direitos como a vida, a integridade física e moral, qualificam-se como absolutos, pois são oponíveis “erga omnes”, irrenunciáveis e intransmissíveis, pela vinculação ao próprio indivíduo, e imprescritíveis porque invocável a qualquer tempo independentemente do uso (GOMES, 1999, p.158).

Quanto aos chamados direitos de personalidade adquiridos são considerados conforme o direito positivo disciplina e decorrem do “status” individual. No Direito Romano a condição “status civitatis” era requisito necessário para aquisição de direitos, também na Alemanha nazista, com o preconceito racial havia restrição à aptidão de jurídica em decorrência da raça, sem olvidarmos da época da escravidão em que o escravo era reduzido à coisa.

O Código Civil brasileiro não faz nenhuma distinção, em consonância com a Constituição Federal, considera a personalidade como um atributo da pessoa humana. Ressalte-se para evitar dúvidas que quando falamos em personalidade relacionando-se às pessoas jurídicas, dizemos que o termo é usado por similitude porque a personalidade no que se refere à pessoa jurídica resulta da denominada teoria da realidade técnica, onde se reconhece a existência dos entes criados pela vontade do homem, os quais no mundo jurídico existem como sujeitos de direitos e deveres, pela declaração de vontade e ou pela imposição da lei.

Na própria evolução da ordem jurídica encontramos o respeito à pessoa humana como conteúdo fundamental na razão de ser da norma

jurídica. Nos estados democráticos de direito, os direitos do homem são núcleos identificadores da democratização do próprio direito. Dentro deste aspecto necessário a rediscussão de temas como o aborto e manipulação genética de material humano, nas mais diversas facetas quer do jusnaturalismo ou do juspositivismo, como correntes de pensamento do Direito.

4 A evolução do conceito de pessoa humana

Ao buscarmos identificar o conceito de personalidade da pessoa natural ou humana, usamos este termo para diferenciarmos da pessoa jurídica, transportamo-nos para o conceito de pessoa, deste entendimento buscamos definir e entender a personalidade. A concepção clássica de pessoa, do ponto de vista jurídico, é o ente físico ou coletivo ao qual se pode atribuir direitos e obrigações (DINIZ, 1998, p.503).

Antes de tudo, teremos de considerar a identidade própria e “sui generis” do ser humano. A visão reducionista de observá-lo apenas com ser biológico, revela-se por demais incompleta, a ponto de desvirtuar o próprio conceito, isto porque há outros elementos componentes e insuperáveis do ser humano como a própria cultura, a espiritualidade, a dimensão psíquica e psicológica, as quais não podem ser ignoradas.

O termo pessoa não é biológico. Sua conceituação extrapola os limites das ciências naturais. Embora a Biologia determine com precisão o instante em que a vida se torna humana há evidentemente considerações de ordem filosóficas morais, e religiosas como são a do momento em que se constitui a pessoa humana (JOYCE, 1981, p.346).

A determinação, todavia, do início da vida, independe da Moral e do Direito, é uma realidade biológica. Cabe à Biologia definir este

momento. A Ética e o Direito devem encontrar nos dados biológicos o princípio da existência da vida humana.

Ensina Pontes de Miranda: “Pessoa é apenas o conceito, o universal, com que se alude à possibilidade, no sistema jurídico de ser sujeito” (PONTES DE MIRANDA, 1999, p. 215).

A palavra pessoa é proveniente do latim “persona”, aplicada à linguagem do teatro era sinônimo de máscara (BARROS MONTEIRO, 1967, p.58-59). “Persona” provém de “personare”, significando ecoar, fazer ressoar, a máscara que era a “persona” produzindo a amplificação da voz do ator ou atriz, os quais ocultavam a face.

Deste primeiro conceito de pessoa, com o passar do tempo, a palavra “persona” passou a significar o próprio papel desempenhado pelo autor, e posteriormente significou o próprio ator ou atriz (BARROS MONTEIRO, 196, pp.: 58,59). Pontes de Miranda, entretanto, sustenta que a expressão é de origem etrusca- phersu, designação aplicada à imagem etrusca de um dançarino mascarado (PONTES DE MIRANDA, 1999, p.208). Não obstante, deve ser ressaltado o uso, pelos romanos, do termo “pessoa” indicando a máscara, referindo-se ao papel desempenhado pelo ator no teatro, como no drama, em Plauto e Terêncio, mas também usando o mesmo termo “pessoa” em relação ao status, à condição do indivíduo e o papel deste indivíduo na família e nas atividades sociais, como encontramos alusão em Cícero.

A personalidade em si é um atributo jurídico, uma aptidão genérica para adquirir direitos e obrigações. Para fins deste estudo interessa-nos analisar a personalidade da pessoa natural.

O “Corpus Juris Civilis” e Lei das XII Tábuas já aludiam ao termo pessoa. Na idade média a noção de pessoa humana, por influência do pensamento católico, em oposição à distinção feita entre cidadãos e escravos, é tida como personificação da imagem e semelhança do Deus-Criador, destacando em cada indivíduo qualidades, e aptidões próprias

da dignidade humana. Ampliou-se o conceito de pessoa a todos os homens (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p.156).

Entre os gregos já existia a noção de pessoa, todavia não como um conceito universal, as mulheres e escravos eram tidos com seres intermediários entre os cidadãos gregos e os animais.

Na evolução do pensamento ocidental, quanto ao significado da pessoa humana, ressalta-se a contribuição do cristianismo ao promover uma visão antropomórfica do homem com a distinção da criatura de forma qualitativa do criador. Afirmou-se a centralidade, univocidade e dignidade originais do homem como subjetividade no mundo, ultrapassando a simples objetividade (PALLAZANI, 2007, p.94).

Destaca-se o pensamento de Tomás de Aquino, na idade média, como filósofo cristão, proclamando a singularidade da pessoa, de todos os demais seres pela sua completude, incomunicabilidade especialidade e racionalidade (AQUINO, 1996: Q 29, A3).

Na idade moderna encontramos a filosofia personalista, iniciada por Kant, passando a pessoa ser entendida como ser autônomo, dotada de vontade própria, determinando-se conforme a razão ao agir, livre do determinismo das forças da natureza.

Wiethölter leciona: “Per Kant l’uomo é persona, per quanto riguarda i suoi doveri nei confronti degli altri, ed è personalità (“umanità”), per quanto riguarda i doveri nei confronti di se stesso, una personalità la cui moralità costituisce la dignità dell’uomo, di cui l’autonomia è il fondamento”¹⁰ (WIETHÖLTER, 1974, p. 112-114).

No pensamento ocidental, podemos considerar que a descoberta do “eu”, como pessoa, englobando a alma e corpo, elementos indissociá-

¹⁰ “Para Kant, o homem é pessoa, no que tange aos seus deveres em confronto alheio, e é personalidade (“humanidade”) no que se refere aos deveres, nos confrontos consigo mesmo, uma personalidade cuja moralidade constitui a dignidade do homem, na qual a autonomia é o fundamento”. Kant afirma ainda, que o homem é pessoa, porque é “fim em si mesmo”, isto é, tem um valor autônomo e não só um valor como meio para algo de diverso, daí resultante a sua dignidade. Donde decorre a norma segundo a qual “cada homem tem o direito ao respeito dos seus semelhantes e reciprocamente é obrigado a ele em face dos outros.

veis, é recente. O reconhecimento e a preservação da pessoa ocorrem quando se identifica um valor moral no “eu” e no “outro”, como valor supremo inerente a todos os seres humanos (LEITE DE CAMPOS, 1992, p.9-10).

Cabe a reflexão sobre o papel do Direito ante as técnicas utilizadas pela ciência e os princípios da bioética. Verificamos nos mecanismos de proteção à integridade física, moral, à própria dignidade do ser humano, um aspecto filosófico, isto é, todas estas normas de proteção ao ser humano, visam no fundo proteger a própria existência, ora assim sendo não se pode reduzir o corpo a simples objeto, pois não se trata de objeto e sim da própria existência. Neste aspecto surge a dificuldade de avaliarmos a licitude da existência de atos jurídicos lícitos cujo objeto, o corpo humano, não pode ser considerado como objeto.

Cabe ao Direito estabelecer as condições mínimas em que se busquem assegurar a compatibilização entre os avanços da ciência, com a ruptura de paradigmas e a continuidade da humanidade e do reconhecimento do próprio ser humano, em sua essência, em sua dignidade, assegurando-lhe valores a serem respeitados (COSTA, 2001, p.18).

Kant diferenciou pessoa de indivíduo, a noção de pessoa é de uma gradação superior, constituindo-se de um corpo e de uma estrutura psíquica, como um indivíduo, sem, todavia reduzir-se a essa estrutura. O animal irracional submete-se totalmente à condição psicofísica da própria realidade, diferentemente, a pessoa como ser racional, tem consciência de sua liberdade e busca a autodeterminação (KANT, 1964, p.56). O ser humano ultrapassa o agir só por instintos, que busca somente a satisfação meramente biológica e de reprodução, mas, ressalta Freud há força característica do ser humano denominada por ele de energia pulsional, inscrita no núcleo do inconsciente, e que traz registros situados entre o biológico e o psíquico.

Com o surgimento do positivismo jurídico ocorreu a colocação do direito dentro de parâmetros objetivos, passando-se a interpretações axiomatizáveis. Dentro deste contexto a noção de pessoa é reduzida à personificação de um conjunto de normas, centro de imputação. Na concepção de Kelsen a “pessoa” é uma construção da ciência do direito (MATA-MACHADO, 1953, p.45).

Com o passar do tempo surgiram novas concepções da expressão “pessoa” abandonando-se a posição positivista ou apresentando versões mais atenuadas, evoluindo para o conceito de pessoa com ser livre que se propõe a determinados fins (RECASÉNS SICHES, 1970, p.245-259).

Colocados nestes termos o conceito de pessoa, identificamos a personalidade com a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações próprias da pessoa humana, estendidos a entes morais ou ideais reconhecidos pelo Direito (PEREIRA, 1995, p.142).

Pontes de Miranda em relação ao conceito de pessoa, afirma: “é a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações e exceções e também de ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções” (PONTES DE MIRANDA, 1999, p.209).

A doutrina distingue os termos capacidade de direito e capacidade de fato. A capacidade de direito ou de gozo, inerente a cada ser humano, é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, enquanto a capacidade de fato é a possibilidade de o indivíduo exercer por si mesmo os atos da vida civil tendo plena consciência dos seus atos e livre na manifestação de vontade (DINIZ, 1986, p. 86).

Desta distinção podemos constatar a existência de limitações quanto ao exercício dos direitos oriundos da personalidade impostos pela lei em decorrência de situações próprias do ser humano, como a menoridade, a incapacidade relativa ou absoluta, em que o titular do direito deverá ser representado. Dentro deste raciocínio temos a existência da capacidade de direito ou de gozo com pressuposto para a subsistência da capacidade de fato.

O dissenso da conceituação do termo “pessoa” na atualidade, embora desenvolvido ao longo das décadas, encontra-se permeado pelas conseqüências do significado em termos ideológicos. Chegamos a uma unanimidade em garantir à pessoa humana, respeito, proteção e reconhecimento em sua dignidade. Estas garantias morais e jurídicas, decorrentes do conceito de pessoa refletem-se nas relações com a Bioética e com a Engenharia Genética.

Aduz Laura Pallazani: “O apelo à dignidade e aos direitos da pessoa, que ninguém pensaria serem subscritos imediatamente e sem reservas por todos, de fato encerra inúmeras ambigüidades que merecem e até exigem cuidadosa elucidação”. (PALLAZANI, 2007:99-100). Este fato deve-se ao dissenso no conceito teórico de pessoa e à aplicação empírica decorrente deste conceito.

5 Reflexões sobre o conceito do início da vida humana

As diversas polêmicas trazidas a lume pelos doutrinadores quanto ao início da vida humana e suas reflexões quanto aos direitos fundamentais, notadamente no que diz respeito ao uso de células-tronco embrionárias, aborto de nascituros anencéfalos, descriminalização do aborto têm como ponto de partida a identificação do início da vida de cada ser humano, e a distinção do que deve ser tido como ser humano ou se existe apenas um amontoado de células. Biólogos, geneticistas, juristas, defensores e opositores da tese de experiências com células-tronco embrionárias identificam indícios, princípios e limites para o início da vida humana.

No julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade¹¹ o STF possibilitou o uso de células-tronco embrionárias congeladas para uso em experiências com objetivos terapêuticos.

¹¹ ADIN-DF 3.510-0

Num conceito meramente funcional a identificação do ser humano como pessoa dar-se-ia conforme o ser humano apresentasse características, forma, sinais de aparência de pessoa tal qual conhecemos ou identificamos cotidianamente uma pessoa.

Noutra visão a realidade do ser humano é reconhecida independentemente de manifestações ou sinais externos, mas a partir da concepção segundo a definição da Biologia.

Ao lado das divergências surgidas, suscitando debates apaixonados ou de interesses inconfessáveis, sob abrigo consciente ou inconsciente das mais diversas ideologias, muitas das quais marcadas pelo ranço do totalitarismo, seja de esquerda ou direita, percebe-se um nítido movimento de colocar o debate científico para segundo plano e adota-se o conceito das soluções mais fáceis segundo os interesses de cada grupo.

Ao observarmos dentro dos critérios trazidos pela Biologia, ao usarmos como método a observação detalhada da formação do desenvolvimento inicial do ser humano chegamos à conclusão cientificamente comprovada que a vida humana começa com fecundação do óvulo pelo espermatozóide (CABALLOS, 2007, p. 337).

A Biologia define ontologicamente o que é um ser humano? Eis a indagação, mais ainda, define o que seja um ser vivo?

Argumenta Antonio Caballos em interessante posicionamento sobre o assunto: “Para delimitar lo que es un ser vivo no se puede partir de la biología. Ésta es la ciencia que estudia los seres vivos. Portanto, antes de comenarla debemos saber qué es un ser vivo, y la biología (inexistente en este momento de la pesquisa) no puede responder esa pregunta, pues su desarrollo supone ya una respuesta inicial”. (CABALLOS, 2007, p. 339).

Quando partimos da mera observação para classificarmos o “ser vivo”, usamos a Filosofia, e encontramos uma série de características

para identificá-lo tais qual o poder de ter o próprio movimento, a unidade, morfologia própria, busca de fins próprios.

Mover-se por si só deve ser entendido na concepção tomista, como integrante da natureza do ser vivo, da própria capacidade, de dar impulso ao seu próprio desenvolvimento, não quer significar literalmente e restritamente o ato de mover-se de um local para o outro, mas relaciona-se com as atividades impulsionadas internamente pelo próprio ser, como a nutrição, o metabolismo, a respiração, a locomoção.

A unidade, como característica do ser vivo, encontra-se relacionada ao fato de que cada órgão, cada sistema, cada parte, encontrada no ser vivo não pode subsistir por si mesma, mas forma um todo, um conjunto, uma “unidade” numa interação constante. Se separarmos um braço do corpo humano, por exemplo, o braço não terá vida própria.

A morfologia, isto é, o fato de o ser vivo tem uma forma especial, mas esta forma envolve na somente a estrutura tal qual é apresentada em seu interior mais implica diversas concepções, mesmo de cunho filosófico e não é suficientemente segura para identificarmos o ser vivo.

Na busca de definição de “ser humano” não podemos nos limitar apenas aos atributos, a um aspecto, a uma afirmação simples e incompleta de que o homem se reduza apenas a um indivíduo da espécie “homo sapiens”. Esta resposta dada pela Biologia, serve apenas para diferenciarmos-nos de outras espécies, porque nada aduz quanto ao caráter pessoal de cada ser humano. O ser humano traz consigo uma peculiaridade original, o que exclui a concepção de ser um mero exemplar de uma espécie, esta característica própria é o que denominamos pessoa. Não se refere apenas à concepção genética, nem somente ao fato de ser único, sem repetição, nem à individualidade da espécie, porque outros seres vivos também possuem estas características, mas é algo inerente à qualidade de ser pessoa (SPAEMANN, 2000, p.37).

A Biologia e a Medicina não deixam dúvidas quando ao início da existência de vida a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozóide. Não se trata de uma teoria, é algo que se pode verificar. Não obstante esta constatação surgiram teses avalizadoras da existência de um estágio inicial denominado “pré-embriônico”, embora existindo vida não se pode dizer que há um ser humano.

Na perspectiva jurídica discute-se o momento em que podemos atribuir personalidade ao ser humano considerado biologicamente vivo. Paralelamente a estes conceitos e definições de vida humana trazidos pela Biologia e tomados “emprestados” pelo Direito, não se pode olvidar a realidade multidimensional do ser humano, a qual se manifesta de modo progressivo, e não constitui óbice na identificação do momento em que cada ser humano gerado passa a existir.

A Biologia, entretanto, desenvolve métodos e conceitos para definir estruturas e funcionamentos dos seres vivos, sem definir ou conceituar o dinamismo intrínseco deste ou daquele ser vivo. Na realidade o que a ciência biológica estuda é a estrutura, o funcionamento das células, tecidos, sistemas que compõe o ser vivo, apresenta-nos os componentes, funcionamentos, conteúdos, mas não chega a conceituar o “que é”, o “ser”, porque este não é o objeto da Biologia.

A distinção entre o ser vivo, e outra coisa qualquer tem como objeto de comprovação científica a forma, a composição, o funcionamento interno, sem, no entanto definir o que é um ser humano.

Como verificar qual é aparência do ser humano ainda em fase embrionária? Necessário tomarmos um ponto de referência. Quando buscamos a resposta na embriologia porque aquele material em observação é humano, temos como premissa a origem do material biológico, isto é, é humano porque se originou de seres reconhecidamente humano. Identificada a procedência concluímos que é humano.

O questionamento vai além de sabermos se é humano ou não, precisamos saber se aquele óvulo fecundado tem uma vida completa, se é uno, se é um indivíduo ou se é apenas um amontoado de células humanas.

O que é o homem afinal? Encontramos as mais diversas teorias a esta pergunta, nos mais diversos campos do conhecimento humano, a resposta não se reduz a uma mera característica: um ser da espécie “homo sapiens”. Na realidade quando classificamos um homem adulto e um embrião como seres humanos partimos de um conhecimento prévio, natural, da mesma forma que reconhecemos um cavalo, a partir do conhecimento que tenhamos do que seja um cavalo, caso contrário apenas poderíamos dizer de que se trata de um ser vivo.

Na identificação do embrião com ser humano partimos do reconhecimento indireto, sabemos que se trata de algo humano porque provém de seres humanos, logo não há dúvida de que o embrião seja humano, o questionamento é quanto à existência de uma vida completa (CABALLOS, 2007, p.342).

Verificamos que a maioria das teses reduz o questionamento ao aspecto genético, a uma análise científica, mas esta análise científica é limitada. Uma análise genética, meramente científica, teria que partir de um raciocínio indireto, qual seja a identificação do homem, mas o patrimônio genético por si só não contém a fórmula do que seja o homem.

As diversas manifestações do caráter da pessoa humana recebem influências dos mais diversos fatores tais como educação, enfermidades, crenças dentre outros, estas manifestações consideradas em decorrência da razão também não são suficientes para comprovar-se que tal ser pertence à espécie humana.

O discernimento buscado para lidar com a própria vida humana, evidencia a necessidade de questionamento da consistência de valores na origem dos juízos de valores, a fim de identificarmos os critérios

de distinção entre a licitude e as técnicas usadas e possíveis. Destaca-se com maior profundidade a questão da verdade aplicada ao homem como ponto de referência (SGRECCIA, 2000, p.21). As questões fundamentais envolvem necessariamente a vida da própria humanidade, e não podem ficar a mercê de simples posicionamentos de natureza individualista, como os caracterizados na ética liberal.

A liberdade de escolha quando envolve a própria vida de seres humanos em condições mais frágeis, não pode prescindir do valor fundamental do ser: a vida. A crítica cabível é de que não é simplesmente o que maioria “acha” ou “pensa”, nem o estabelecimento do que é ético e não ético, pela vontade intersubjetiva, quando se trata da vida humana, porque não se justifica a negação da perspectiva metafísica e da realidade do próprio ser humano. Mostra-se cada ser humano como realidade única, inclusive do ponto de vista genético, e, portanto deve caber-lhe a garantia de existir e realizar toda a potencialidade da essência existente em cada ser. Doutrina Elio Sgreccia: “É na eticidade que a ontologia se encontra com a ética, a ontologia com a doxologia, e o homem é chamado a tornar-se o que é: a encher de ser a própria essência”. (SGRECCIA, 2000, p.29).

A tomada desta posição não representa a dedução da ética pela metafísica, mas significa a necessidade da ética tomar em consideração a definição e a ontologia do homem, porque é neste caminho que se situa a descoberta da dignidade, do valor, da grandeza, das limitações, e capacidades do ser humano.

O professor Daniel Serrão, membro do Comitê de Bioética Europeu, “apud” Laura Knapp, abordando o assunto da manipulação da vida humana, ensina que a vida humana tem um programa porque está identificado e guardado no genoma:

[...] quando metade da informação feminina e metade da informação masculina se juntam, criam uma informação específica, criam um genoma. Assim, instala-se uma vida humana, porque no genoma está o

projeto de desenvolvimento do indivíduo. Não há nenhuma diferença entre o valor do embrião e o valor humano do embrião quando sai do útero (KNAPP, 2001: A12).

Ele é uma vida humana, um projeto de vida. Poucos minutos após a fecundação, constituem-se os 46 cromossomos e, ali, dá-se o início da vida, acrescentando: “Isto é verdade científica.” Posteriormente há o desenvolvimento do ser humano com a diferenciação pelas combinações genéticas e pelas influências que recebe do ambiente, pois o meio exterior à célula também exerce influência sobre a informação do DNA. Cita como exemplo um esquimó que é biologicamente adaptado para viver numa casa de gelo, diferentemente de outra pessoa que vive em clima quente. Deste modo há vida humana, mesmo no seu estado inicial, como embrião, não existe nenhuma diferença entre o valor do embrião e o de um homem formado, pois se trata sempre de uma vida humana. “Todo o jogo da renovação da vida passa através da sobrevivência. Todo corpo tem direito à sobrevivência. É um direito biológico. Quem destrói uma vida humana ofende a própria dignidade biológica do ser humano.” (KNAPP, 2001, p A12).

Adverte Hannah Arendt apud Regina Sauwen e Severo Hryniewicz:

A história política recente está repleta de exemplos indicativos de que a expressão ‘material humano’ não é uma simples metáfora inofensiva. O mesmo se pode dizer das inúmeras experiências científicas modernas no campo da Engenharia Social, da Bioquímica, da cirurgia cerebral etc. Todas visando manipular e modificar o material humano como se tratasse de qualquer outro material. Essa atitude mecanicista é típica da era moderna (SAUWEN, HRYNIEWICZ, 1997, p. 47).

A fim de que sejam fixados padrões éticos precisa-se de princípios e valores compartilhados universalmente, próprios da natureza humana,

porque senão encontraremos meros acordos de caráter simplesmente procedimental, em que se buscam aperfeiçoamento de mecanismos, sem considerar a dignidade humana. Neste sentido denuncia a doutora Claudia Navarini¹²:

Assim o debate atual sobre o tema das células-tronco embrionárias considera ultimamente o estatuto do embrião humano, a dignidade de todos os homens, o direito à vida em qualquer idade e em qualquer condição (cf. C. Navarini, *Staminali embrionali: criteri etici, fatti scientifici e desideri ideologici*, ZENIT, 3 de julho de 2005). A comunidade científica, ao contrário, alimenta-nos com banais instruções para o uso. E as chama «código ético»¹³.

Ensina Magalhães Noronha ao referir-se à vida humana: “[...] Em seu infinito mistério merece respeito, mesmo quando a ordem jurídica se encontra em presença, não apenas de um homem (pessoa), mas de uma *spes hominis* [...]”. (NORONHA, 1978, p 61).

José Tavares ilumina o tema: “Mas porque a personalidade jurídica do homem é atributo do próprio ser, necessário à garantia dos seus legítimos interesses, e, pois que ele e estes existem desde o facto da concepção, é a este que nós preferiríamos atribuir a origem da personalidade” (TAVARES, 1928, p. 13-14).

Santos Cifuentes ensina: “[...]En otras palabras, el derecho personalísimo principia en la fecundación del óvulo femenino, instante esse en que aparece un nuevo ser de la especie com vida propia aunque dependiente [...]”.¹⁴(CIFUENTES, 1974, p.182).

¹² Docente da Faculdade de Bioética do Ateneu Pontifício Regina Apostolorum.

¹³ A dúvida ética das células-tronco embrionárias: <<http://www.zenit.org/portuguese>>. Acesso em: 8 mar.2006. Texto originalmente publicado em Zenit italiano no dia 5 de março de 2006, na seção Bioética. Traduzido por Zenit.

¹⁴ Em outras palavras, o direito personalíssimo principia com a fecundação do óvulo feminino, instante esse em que aparece um novo ser da espécie com vida própria embora dependente.

H. Tristram Engelhardt Jr. afirma: “[...] somente aquelas entidades que podem consentir em algo, que podem transmitir autoridade moral em relação a elas mesmas e a suas posses são denominadas pessoas [...]” (ENGELHARDT, 1998, p.310). No sentido de que do ponto de vista ético deve prevalecer o fato de se tornar pessoa com o ingresso do ser humano na “comunidade moral”, em relação ao fato do nascituro, abrangendo, zigotos, embriões e fetos, parece-nos discriminatórias porque não existem dois tipos de seres humanos: um ser humano “pessoa”, capaz de refletir e agir; outro indivíduo “não pessoa”, sem capacidade de refletir e agir, portanto podendo ser objeto de reflexão e manipulação.

O valor intrínseco do ser humano não pode ser omitido como na teoria apresentada por Engerhardt, não se podendo por este motivo reduzirmos a dignidade da pessoa humana ao estágio de desenvolvimento em que se encontra. Ensina Boaventura Santos: “as pessoas têm o direito a ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza (SANTOS, 1977, p.122)”.

A questão do diagnóstico pré-implantatório do embrião representa também o rompimento em sua gênese da relação pais-filhos, e constitui-se em autêntico ato de violência, pois simplesmente elimina o ser humano num estágio de vida fragilizado, com necessidade de maiores e melhores cuidados, numa visão unicamente utilitarista, cujos resultados são conhecidos da humanidade. Desta forma o respeito de um ser humano para com outro ser semelhante é posto em segundo plano, viola definitivamente o princípio universal do direito do reconhecimento da igualdade e da dignidade ontológica de todos os seres humanos, sujeitos de direitos.

5 Conclusão

“Ser humano” não é um termo meramente biológico justamente porque a realidade que designa não é meramente biológica, embora seja também biológica. Identificar seres humanos a pessoas humanas não é biologismo, mas precisamente o contrário: é uma afirmação implícita de que o ser humano, além de sua realidade biológica, comporta uma essência que é a forma substancial do corpo humano. Se um robô fizesse tudo que uma pessoa faz, nem por isso se tornaria uma pessoa, pois lhe falta a essência da pessoa humana.

A vida entendida em qualquer dos seus aspectos deve ser protegida, e não se pode conceber sob o argumento de manutenção de uma vida a eliminação de outra vida, não nos parece que este seja o verdadeiro sentido da liberdade. Não é assim, nem por este motivo que conceitos jurídicos como legítima defesa, estado de necessidade, evoluíram ao longo do tempo.

Não se pode reduzir a vida à visão utilitarista, porque o termo vida por ser tão abrangente, continuará a ser indefinido.

O zigoto não pode ser considerado apenas como um projeto de ser vivo, a clarividência biológica comprova exatamente o contrário, já é um ser humano. Não é como um projeto qualquer de uma casa, por exemplo, de modo que destruir a casa não é destruir o projeto, enquanto que se admitirmos que o zigoto seja coisa poderemos destruí-lo, mas estaremos eliminando uma vida, no significado mais sublime do termo, porque é uma vida humana individualizada, única.

Se o Direito não quer perder a sua razão de ser, não pode abster-se de proteger a vida humana em todas as etapas de seu desenvolvimento, sobretudo no momento em que a vida é mais débil, quando o ser humano por si mesmo não tem capacidade de exercer próprios direitos.

A exigência de que para ser reconhecido plenamente como ser humano é necessária a demonstração de atributos humanos significa o retorno e aceitação de conceitos já ultrapassados pela humanidade, como a justificação da morte de seres humanos classificados como “inviáveis” ou sem nenhuma potência própria de proteção.

O critério de humanidade fundamentado apenas na potência e na viabilidade do organismo humano, contraria a informação, de natureza biológica, da caracterização do “humano”, pelas características genéticas e pela expressão orgânica, além de estabelecer o risco do casuismo e da negação da vida humana como direito natural e universal.

The right to Life and the Biotechnology

Abstract

The Biotechnology's advancement has made possible the manipulation of human embryos. The discussion about beginning's life of each human being involves more than definitions just based on the Biologic's point of view, but it involves ethic, theological and philosophic quizzes. The human's life dimension from Right's perspective demands the deeper concept about human person. The acknowledgment

of the dignity of the human person includes the own right to life as primordial subjective right. The embryo is not just a project of human life, but it is a step of development of a human being, and thus it must be respected.

Key-words: Biotechnology. Embryos. Life. Law.

Referências

- AQUINO, Tomás de. **Os Pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Editora Coimbra, 1998. v. I
- CABALLOS, Antonio Pardo. **Cuardenos de Bioética**, Múrcia:AEBI, XVII, p.335-345, 2007/3ª.
- CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direitos da Personalidade**. 2. ed. In sep. do v.LXVIII do BFDUC. Coimbra: BFDUC, 1992.
- CIFUENTES, Santos. **Los Derechos Personalísimos**. Buenos Aires-Córdoba: Lerner, 1974.
- COSTA, Judith Martins. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do Biodireito. **Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 3, p.13- 30, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 1
- ENGELHARDT Jr, H. Tristram: **Fundamentos da Bioética**. Tradução de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998.
- FARIA Anacleto de Oliveira. **Instituições de Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JOYCE, Robert E. **.When does a person begin?** New Perspectives on Human Abortion. Maryland :Aletheia , p. 346-354, 1981.

KANT, I. **Groundwork of the metaphysics of morals**. New York: Harper and Row, 1964.

KNAPP, Laura. **Destruir Embriões é Usar a Pena de Morte**. São Paulo: O Estado de São Paulo, p.A12, 2001.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. **Contribuição ao Personalismo Jurídico**. Belo Horizonte: UFMG, 1953.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I

MONTEIRO, Washington Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1967. v. I

MORAES, Walter. Conceção Tomista de Pessoa- Um Contributo para a teoria do direito de personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 550 p.15-24, 1984.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 3

PALAZZANI, Laura. Os Significados do Conceito Filosófico de Pessoa e as suas Implicações no Debate Atual sobre o Estatuto do Embrião Humano. In: SEGRECCIA, CORREA, Elio e Juan de Dios Vial. **Identidade e Estatuto do Embrião Humano**. Bauru: EDUSC, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PEREIRA, Lygia da Veiga. In: AUDIÊNCIA Pública, STF, ADI nº3510-0 DF, Brasília. Notas taquigráficas, 22, abr.2007.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado General de Filosofia del Derecho**. México: Porrúa, 1970.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. **Revista Lua Nova**, São Paulo, n. 39, p.120-130, 1997.

SAUWEN, HRYNIEWICZL, Regina Fiuza e Severo. **O direito in vitro**. Da Bioética ao Biodireito. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 1997.

SGRECCIA, Elio. **A Bioética e o Novo Milênio**. Bauru: EDUSC, 2000.

SPAEMANN, R. **Personas**. Pamplona: Eunsa, 2000.

Referência deste artigo

CORDEIRO, Fernando Antonio Sabino. O direito à vida e a biotecnologia. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 213-242, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

Aspectos procedimentais da lei 11.441/07: Análise de seu contributo à efetividade no âmbito da separação e do divórcio extrajudiciais

Georgia Angela Gois Cerqueira

Advogada. Pós-Graduanda em Direito Público da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Des. Cláudio Américo de Miranda - ESMAPE.

Resumo

O presente artigo, sobre a Lei 11.441/2007: análise de seu contributo à efetividade no âmbito da separação e do divórcio extrajudiciais foi desenvolvido através do método expositivo e dedutivo. Tendo como fontes de pesquisa a doutrina, legislação brasileira, jurisprudências e artigos de revistas. Realiza-se uma breve exposição dos instrumentos extrajudiciais para se proceder à desconstituição da sociedade conjugal, seja pela separação ou

pelo divórcio. Expõem-se os mecanismos extralegais, assim como seus principais aspectos e possíveis problemas de aplicação; as hipóteses de preenchimento das lacunas da nova lei e os aspectos práticos de sua incidência no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chaves: Separação. Divórcio. Divórcio Extrajudicial. Divórcio Consensual.

1 Procedimento extrajudicial da desconstituição da sociedade conjugal

1.1 Introdução

O casamento e as formas de sua extinção nem sempre se apresentaram nos moldes atuais. A criação e o fim do vínculo sócio-jurídico-econômico

e de relacionamento interpessoal dependem da estrutura e do contexto no qual se apresentam, e, de acordo com a evolução social, se modificam e melhor se adaptam às necessidades da época.

No Brasil, desde o Império até os dias presentes, o casamento e as formas de constituição de vínculo conjugal (a exemplo da união estável), bem como a separação judicial e o divórcio, sempre foram causas de grandes divergências jurídicas, não só como reflexo das posições e críticas sociais, mas também como busca de adequação às estruturas que se amoldam.

Paulatinamente, com o evoluir da sociedade e do ordenamento jurídico, direitos foram conquistados e as legislações passaram a refleti-los. Grandes marcos no direito brasileiro são responsáveis por essa evolução, tais como o Estatuto da Mulher Casada, Lei nº. 4.121, de 27 de agosto de 1962, que eliminou a incapacidade relativa da mulher casada, trazendo a igualdade entre os cônjuges. Tão importante foi a Emenda Constitucional 9/77, que aprovou o divórcio, sendo regulamentada pela Lei nº. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, Lei do Divórcio, representando uma grande mudança ideológica, sociológica, política e religiosa na sociedade brasileira.

Com a Constituição de 5 de outubro de 1988 essas tendências sociais foram ratificadas, trazendo também, com grande mérito, outras que complementaram e moldaram o atual arcabouço jurídico, tais como o reconhecimento de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento (art. 226, §§ 3º e 4º), e, principalmente, o mais importante ao presente estudo: a dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (art. 226, §6º).

Tais mudanças, acompanhadas das tendências hodiernas da privatização do direito público, trazem a desprocessualização e a desregulamentação dos procedimentos, visando a dar celeridade e desafogar o judiciário, a fim de uma melhor prestação jurisdicional.

1.2 Procedimento extrajudicial trazido pela Lei 11.441/07

1.2.1 Histórico

A Lei nº. 11.441, promulgada em de 4 de janeiro de 2007, e que entrou em vigor em 5 de janeiro de 2007, introduziu significativas alterações aos procedimentos de jurisdição voluntária, quais sejam, o inventário, a partilha, a separação e o divórcio consensuais. A nova lei permite que sejam realizados extrajudicialmente em tabelionato de notas, quando, nas hipóteses discriminadas, não houver justificativa à intervenção judicial, conforme assevera Ricardo de Barros Leonel¹.

Assim, essa nova previsão legal diz respeito a desprocessualização de determinados procedimentos, relativamente aos quais o legislador entendeu não mais se justificar o controle obrigatório do judiciário, o qual se restringe a uma homologação forçosa na atribuição de eficácia a tais atos jurídicos, que não configuram lides.

Cuida-se de inovação muito esperada pela sociedade, sendo vista como uma das medidas destinadas a imprimir celeridade aos processos e “desafogar” o Poder Judiciário, sendo integrante do “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano”, firmado entre os representantes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

As finalidades desse pacto são, dentre outras, criar, discutir e efetivar propostas e traçar diretrizes destinadas à melhoria da prestação jurisdicional².

1 Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático. São Paulo: Método, 2007. p.195.

2 Cf. MORAIS, Ezequiel. O procedimento extrajudicial previsto na Lei 11.441/2007, para as hipóteses que trata, é obrigatório ou facultativo? Poderão ou deverão? In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais: questionamentos sobre a Lei 11.441/2007. São Paulo: Método, 2007. p. 22-23.

A lei tem por objetivo facilitar a realização de separações e divórcios consensuais em que não existam filhos menores ou incapazes do casal, bem como do inventário em que os interessados são capazes e concordes.

Acerca do Projeto de Lei que deu origem a inovação, expõe Christiano Cassettari:

A mencionada lei tem origem no *Projeto de Lei do Senado nº. 155 de 2004*, de autoria do senador baiano César Borges, que na ocasião justificou o seu objetivo como permitir a desburocratização do procedimento de inventário, agilizando-o e reduzindo custos. Originalmente, o Projeto 155 de 2004 tinha a finalidade de somente, criar a possibilidade de se fazer inventário extrajudicialmente³.

Dessa forma, após a tramitação no Congresso Nacional, o *Projeto 155 de 2004* foi modificado na Câmara dos Deputados a fim de ampliar e incluir no seu conteúdo, tornando possível proceder a separações e divórcios consensuais por escritura pública, quando não houvesse filhos menores e incapazes. Depois da modificação, surgiu o *Projeto Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado Federal nº. 155 de 2004*, que recebeu o número 6.416 de 2005, que teve como relator o deputado pernambucano Maurício Rands.

A nova lei, conforme assevera Christiano Cassettari⁴, é causadora de inúmeras dúvidas, tanto de ordem teórica quanto prática, pois obriga os seus destinatários a buscar o seu real significado, principalmente através da interpretação teleológica, em que se busca a sua finalidade social, ou seja, os seus interesses predominantes ou os valores que com ela se pretende buscar: a justiça, a segurança, o bem comum, a liberdade, a igualdade e a paz social.

3 CASSETTARI, Christiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2007. p. 17.

4 Idem, 2007. p. 19.

Assim, segundo Ezequiel Morais⁵, a afirmada intenção do legislador ao criar a norma é a de agilizar a separação e o divórcio, dando-lhes celeridade, quando forem consensuais e não houver filhos menores e incapazes do casal, bem como o inventário quando não houver incapazes, testamento e litígio, para que se evitem os transtornos de espera que uma ação judicial de separação ou divórcio consensual, e também a de inventário, acarretam para os jurisdicionados, permitindo que o Poder Judiciário disponha de um tempo maior para se dedicar à resolução de questões mais complexas.

Percebe-se, portanto, que a referida lei não ab-rogou ou revogou os dispositivos do Código de Processo Civil, mas incluiu 4(quatro) novos artigos. O art. 1.124-A, que trata da separação e do divórcio consensuais extrajudiciais, e os arts. 982, 983 e 1.031 que cuidam do inventário extrajudicial.

1.2.2 Aspectos de validade da separação e do divórcio consensuais

O texto legal da separação e do divórcio extrajudiciais passa a ser feito pelo art. 1.124-A do Código de Processo Civil, que determina os requisitos para que o ato possa ser praticado extrajudicialmente: separação e divórcio consensuais; cumprimento dos prazos para a dissolução da sociedade conjugal⁶; inexistência de filhos menores ou incapazes; inclusão de cláusulas a respeito da descrição e da partilha de bens comuns, pensão alimentícia, retomada, ou não, do nome de solteiro; instrumento público; e representação por advogado.

5 Cf. MORAIS, Op. Cit., p. 27-32.

6 I – Mínimo de 1 (um) ano de casados para o casal separar-se consensualmente (art. 1.574 do Código Civil); II – Ter decorrido 1 (um) ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, para que os cônjuges possam realizar a sua conversão em divórcio (art. 1.580 do Código Civil); III – Comprovação da separação de fato por mais de dois anos, para que os cônjuges possam realizar o divórcio direto (art. 1.580, § 2º, do Código Civil).

Segundo Christiano Cassettari⁷, a normatização permite a adoção do procedimento somente *quando não houver filhos menores ou incapazes*. Como o legislador foi genérico nessa expressão, pode-se entender que a emancipação voluntária dos filhos maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos não é suficiente para autorizar que a separação e o divórcio possam ser feitos por via administrativa, já que nessa hipótese haverá a aquisição da capacidade de direito, mas não da maioridade, que se dá aos 18 anos. A emancipação voluntária pelos pais torna o filho capaz, mas continua sendo menor até completar 18 anos.

Com relação ao inventário extrajudicial não prevalece esse posicionamento, uma vez que o legislador exigiu apenas a capacidade civil, podendo, portanto, ser o menor emancipado.

Como esses requisitos cuidam de exigência legal, a sua inobservância acarreta nulidade, conforme o art. 166, inciso VII, do Código Civil. Por ser a ação declaratória de nulidade imprescritível (art. 169 do Código Civil), poderá tanto ser proposta pelo representante do Ministério Público quanto por pessoa interessada (art. 168 do Código Civil). Matéria a ser melhor explicitada no tópico 2.1., que trata da desconstituição e modificação do ato notarial.

1.2.3 Da facultatividade ou obrigatoriedade da Lei 11.441/2007

Ponto polêmico que se revela de extrema importância à aplicação da lei é o que diz respeito à sua incidência: é facultativa ou obrigatória nas separações e divórcios consensuais em que não há menores ou incapazes?

A respeito do tema, disserta Christiano Cassettari:

⁷ Cf. CASSETTARI, Op. Cit., p. 22-23.

Já existem casos cohecidos do distribuidor judicial negar-se a distribuir a ação judicial de separação e divórcio quando consensuais, sob a alegação que deverão ser feitas, obrigatoriamente, por escritura pública. Discordamos desse posicionamento. Primeiro porque seria inconstitucional impedir que os jurisdicionados possam se socorrer do Poder Judiciário para a solução de um conflito, em razão da Constituição Federal estabelecer uma garantia fundamental, no art. 5º., ao estabelecer no inciso XXXV, que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*⁸.

Além da inconstitucionalidade afirmada acima, outro argumento seria o de que o legislador incluiu no art. 1.124-A do CPC que a separação e o divórcio consensuais *poderão* ser feitos por escritura pública.

Contudo, tal interpretação não se restringe somente à literalidade da lei, mas deve se basear também na exposição de motivos e justificativa apresentada pelos seus idealizadores. No *Projeto de Lei nº. 155 de 2004 do Senado Federal*, o Senador César Borges, ao apresentar sua proposta justificou-a dizendo que *as providências legislativas preconizadas tornarão mais simples e menos onerosos os procedimentos, sem eliminar a possibilidade de sua realização pelos meios judiciais já previstos em lei*.

Da mesma forma é a recomendação do Colégio Notarial do Brasil, que firmou posicionamento de que a aplicação da lei em comento é facultativa, em face da possibilidade de lavrar escrituras de separação, divórcio, inventário e partilha não impedir que os atos sejam também feitos judicialmente.

Conclui, ainda, o Colégio Notarial do Brasil, em suas recomendações, que um desses atos pode começar judicialmente, e as partes desistirem, optando pela via notarial. Também pode ocorrer o inverso, iniciados os procedimentos para a escritura, podem as partes desistir e optar pela via judicial.

⁸ CASSETTARI, Op. Cit., p. 24.

Portanto, cumpridos os requisitos, deixa a lei a cargo dos cônjuges recorrer à realização do ato judicial ou extrajudicialmente, a depender do seu melhor interesse.

1.2.4 Da competência do tabelionato de notas

Diferentemente do que ocorre no processo civil, no registro de imóveis e no registro civil, não há competência territorial quanto aos tabelionatos de notas, sendo possível que as escrituras públicas possam ser lavradas em qualquer cartório que esteja situado no país, conforme explica Christiano Cassettari⁹.

Surge, contudo, por analogia, uma dúvida com relação à aplicação desta regra em virtude da disposição processual que estabelece, no art. 100, inciso I, do Código de Processo Civil, como sendo foro competente para a propositura das ações de separação e divórcio o local do domicílio da mulher.

Questiona-se, assim, se a escritura pública deverá ser feita no tabelionato de notas do domicílio da mulher, em razão do previsto na legislação processual?

Segundo Christiano Cassettari¹⁰, um argumento da desnecessidade de impor a regra de competência territorial ao cartório de notas é o de que, por ser competência relativa, poderia o feito ser processado em local diverso do indicado pelo acordo entre as partes (art. 111 do CPC), e, em face do obrigatório consenso entre estas, estabelece-se a presunção da existência desse acordo.

Essa é a teoria do processualista Daniel Amorim Assumpção Neves¹¹, ao afirmar que em razão do art. 100, I, do Código de Processo

9 Cf. CASSETTARI, Op. Cit. p. 25.

10 Cf. Idem, p. 26.

11 Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Competência no processo civil**. São Paulo: Método, 2005. p. 88.

Civil, estabelece-se regra de competência relativa, e, apesar de prever foro especial, pode a mulher renunciar expressamente a esse privilégio, também tacitamente, se não oferecer exceção de incompetência no curso do processo iniciado em outro foro.

Assim, da análise desses posicionamentos, justifica-se a livre escolha do cartório de notas para a realização de separações, divórcios e inventários extrajudiciais, no qual há um consenso entre as partes, o que demonstra uma renúncia da mulher a qualquer foro que porventura a lei pudesse lhe oferecer, o que afasta a incidência do art. 100, inciso I, do CPC, e acarreta a aplicação do art. 8º da Lei 8.935/1994, que estabelece não haver competência territorial para os atos realizados no tabelionato de notas. Há, contudo, competência territorial para os atos averbatórios do registro civil.

Sensato é o posicionamento da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que, em sua recomendação 1.5, aduz “a criação de um Registro Central de inventário e outro de Separações e Divórcios, para concentrar dados e informações dos atos notariais lavrados e prevenir duplicidade de escrituras”.

1.2.5 Do restabelecimento da sociedade conjugal

O Código Civil, em seu art. 1.577, permite que os cônjuges separados restabeçam a sociedade conjugal a qualquer tempo, independentemente da causa que motivou a separação.

Com a separação judicial do casal, ocorre o trânsito em julgado da decisão e o fim da jurisdição do magistrado no processo, quanto ao pedido de separação, mas não se extingue a relação jurídica de direito material, o casamento. Com a separação há apenas a suspensão da sociedade conjugal. Por isso, o restabelecimento desta implica numa volta à situação anterior, do vínculo conjugal, e não a revogação da sentença que a decretou (a separação).

Portanto, cumpridos os requisitos, deixa a lei a cargo dos cônjuges recorrer à realização do ato judicial ou extrajudicialmente, a depender do seu melhor interesse.

1.2.4 Da competência do tabelionato de notas

Diferentemente do que ocorre no processo civil, no registro de imóveis e no registro civil, não há competência territorial quanto aos tabelionatos de notas, sendo possível que as escrituras públicas possam ser lavradas em qualquer cartório que esteja situado no país, conforme explica Christiano Cassettari⁹.

Surge, contudo, por analogia, uma dúvida com relação à aplicação desta regra em virtude da disposição processual que estabelece, no art. 100, inciso I, do Código de Processo Civil, como sendo foro competente para a propositura das ações de separação e divórcio o local do domicílio da mulher.

Questiona-se, assim, se a escritura pública deverá ser feita no tabelionato de notas do domicílio da mulher, em razão do previsto na legislação processual?

Segundo Christiano Cassettari¹⁰, um argumento da desnecessidade de impor a regra de competência territorial ao cartório de notas é o de que, por ser competência relativa, poderia o feito ser processado em local diverso do indicado pelo acordo entre as partes (art. 111 do CPC), e, em face do obrigatório consenso entre estas, estabelece-se a presunção da existência desse acordo.

Essa é a teoria do processualista Daniel Amorim Assumpção Neves¹¹, ao afirmar que em razão do art. 100, I, do Código de Processo

⁹ Cf. CASSETTARI, Op. Cit. p. 25.

¹⁰ Cf. Idem, p. 26.

¹¹ Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Competência no processo civil**. São Paulo: Método, 2005. p. 88.

Civil, estabelece-se regra de competência relativa, e, apesar de prever foro especial, pode a mulher renunciar expressamente a esse privilégio, também tacitamente, se não oferecer exceção de incompetência no curso do processo iniciado em outro foro.

Assim, da análise desses posicionamentos, justifica-se a livre escolha do cartório de notas para a realização de separações, divórcios e inventários extrajudiciais, no qual há um consenso entre as partes, o que demonstra uma renúncia da mulher a qualquer foro que porventura a lei pudesse lhe oferecer, o que afasta a incidência do art. 100, inciso I, do CPC, e acarreta a aplicação do art. 8º da Lei 8.935/1994, que estabelece não haver competência territorial para os atos realizados no tabelionato de notas. Há, contudo, competência territorial para os atos averbatórios do registro civil.

Sensato é o posicionamento da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que, em sua recomendação 1.5, aduz “a criação de um Registro Central de inventário e outro de Separações e Divórcios, para concentrar dados e informações dos atos notariais lavrados e prevenir duplicidade de escrituras”.

1.2.5 Do restabelecimento da sociedade conjugal

O Código Civil, em seu art. 1.577, permite que os cônjuges separados restabeçam a sociedade conjugal a qualquer tempo, independentemente da causa que motivou a separação.

Com a separação judicial do casal, ocorre o trânsito em julgado da decisão e o fim da jurisdição do magistrado no processo, quanto ao pedido de separação, mas não se extingue a relação jurídica de direito material, o casamento. Com a separação há apenas a suspensão da sociedade conjugal. Por isso, o restabelecimento desta implica numa volta à situação anterior, do vínculo conjugal, e não a revogação da sentença que a decretou (a separação).

Portanto, cumpridos os requisitos, deixa a lei a cargo dos cônjuges recorrer à realização do ato judicial ou extrajudicialmente, a depender do seu melhor interesse.

1.2.4 Da competência do tabelionato de notas

Diferentemente do que ocorre no processo civil, no registro de imóveis e no registro civil, não há competência territorial quanto aos tabelionatos de notas, sendo possível que as escrituras públicas possam ser lavradas em qualquer cartório que esteja situado no país, conforme explica Christiano Cassettari⁹.

Surge, contudo, por analogia, uma dúvida com relação à aplicação desta regra em virtude da disposição processual que estabelece, no art. 100, inciso I, do Código de Processo Civil, como sendo foro competente para a propositura das ações de separação e divórcio o local do domicílio da mulher.

Questiona-se, assim, se a escritura pública deverá ser feita no tabelionato de notas do domicílio da mulher, em razão do previsto na legislação processual?

Segundo Christiano Cassettari¹⁰, um argumento da desnecessidade de impor a regra de competência territorial ao cartório de notas é o de que, por ser competência relativa, poderia o feito ser processado em local diverso do indicado pelo acordo entre as partes (art. 111 do CPC), e, em face do obrigatório consenso entre estas, estabelece-se a presunção da existência desse acordo.

Essa é a teoria do processualista Daniel Amorim Assumpção Neves¹¹, ao afirmar que em razão do art. 100, I, do Código de Processo

9 Cf. CASSETTARI, Op. Cit. p. 25.

10 Cf. Idem, p. 26.

11 Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Competência no processo civil**. São Paulo: Método, 2005. p. 88.

Civil, estabelece-se regra de competência relativa, e, apesar de prever foro especial, pode a mulher renunciar expressamente a esse privilégio, também tacitamente, se não oferecer exceção de incompetência no curso do processo iniciado em outro foro.

Assim, da análise desses posicionamentos, justifica-se a livre escolha do cartório de notas para a realização de separações, divórcios e inventários extrajudiciais, no qual há um consenso entre as partes, o que demonstra uma renúncia da mulher a qualquer foro que porventura a lei pudesse lhe oferecer, o que afasta a incidência do art. 100, inciso I, do CPC, e acarreta a aplicação do art. 8º da Lei 8.935/1994, que estabelece não haver competência territorial para os atos realizados no tabelionato de notas. Há, contudo, competência territorial para os atos averbatórios do registro civil.

Sensato é o posicionamento da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que, em sua recomendação 1.5, aduz “a criação de um Registro Central de inventário e outro de Separações e Divórcios, para concentrar dados e informações dos atos notariais lavrados e prevenir duplicidade de escrituras”.

1.2.5 Do restabelecimento da sociedade conjugal

O Código Civil, em seu art. 1.577, permite que os cônjuges separados restabeçam a sociedade conjugal a qualquer tempo, independentemente da causa que motivou a separação.

Com a separação judicial do casal, ocorre o trânsito em julgado da decisão e o fim da jurisdição do magistrado no processo, quanto ao pedido de separação, mas não se extingue a relação jurídica de direito material, o casamento. Com a separação há apenas a suspensão da sociedade conjugal. Por isso, o restabelecimento desta implica numa volta à situação anterior, do vínculo conjugal, e não a revogação da sentença que a decretou (a separação).

A esse respeito disserta Romualdo Baptista dos Santos¹²:

A lei é omissa também quanto a esse aspecto, mas é preciso ter presente que o intuito do legislador foi exatamente o de facilitar a vida das pessoas, desobrigando-as de recorrer ao Poder Judiciário para constituir ou desconstituir a sociedade conjugal e o casamento. Não seria lógico que o casal fosse dispensado do procedimento judicial para obter a separação jurídica e, ao mesmo tempo, não pudesse se valer dessa facilidade para reconstituir o mesmo vínculo.

Acerca do tema, o Grupo de Estudos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹³ concluiu que é possível restabelecer a sociedade conjugal por escritura pública, mesmo que a separação tenha sido judicial. Nessa hipótese, o escrivão deve informar ao juízo que decretou a separação a fim de que o fato conste dos autos. Se a separação for extrajudicial, é necessário que o restabelecimento da sociedade conjugal seja anotado também naquela escritura anterior, devendo o tabelião comunicar ao cartório em que foi lavrada.

Ainda de acordo com o Grupo de Estudos mencionado, o restabelecimento da sociedade conjugal não pode se dar com alterações, a não ser quanto ao nome.

Se os cônjuges pleitearem modificar o regime de bens, deverão recorrer à intervenção judicial, em virtude do art. 1.639, § 2º, do Código Civil.

O restabelecimento da sociedade conjugal deve ser averbado à margem do assento de casamento e, havendo alteração do nome, também à margem do assento de nascimento dos cônjuges.

Essa necessidade de se proceder ao registro tem a finalidade de gerar efeitos *erga omnes*, bem como de evitar prejuízo a direito de terceiros,

¹² SANTOS, Op. Cit., p. 64.

¹³ 6.3. Restabelecimento da sociedade conjugal: 6.3.1. Pode ser feita por escritura pública; 6.3.2. Ainda que a separação tenha sido judicial; 6.3.4. Nesse caso (6.3.2.), o Tabelião deve comunicar ao Juízo e as partes apresentar a escritura ao Oficial de Registro Civil em que constar o assento de casamento, para a averbação necessária.

adquiridos antes e durante o estado de separando, seja qual for o regime de bens.

1.2.6 Das cláusulas: Partilha de bens, alimentos e utilização do nome

Ao ler o art. 1.124-A do CPC, seria viável pensar que a partilha dos bens comuns é requisito para a lavratura da escritura de separação ou de divórcio.

Contudo, como a finalidade da lei é a de desburocratizar o procedimento, deve-se entender que se trata de faculdade. Um argumento para tal posicionamento é a de que o art. 1.581 do CC/02 prevê que o divórcio pode ser concedido sem prévia partilha de bens. Assim, se ao divórcio é facultado, é lógico que também à separação é permitida ser concedida nesses moldes.

Dessa forma entende Christiano Cassettari ao afirmar que:

Em razão disso, se o divórcio pode, a separação também pode ser concedida sem prévia partilha de bens, ou seja, o art. 1.575 do referido diploma legal é interpretado no sentido de que forma um condomínio nos bens comuns do casal que se separa e não faz a partilha, já qual tal condomínio poderia se formar tendo qualquer pessoa como co-proprietários, inclusive os ex-cônjuges¹⁴.

Contudo, a despeito dessa liberalidade, a escritura que celebra a separação ou o divórcio deve conter cláusula expressa que indique que a partilha será feita posteriormente, via notarial, ou judicialmente.

A orientação 5.8 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo prevê que “tanto em separação consensual, como em divórcio consensual, por escritura pública, as partes podem optar em partilhar os bens, ou resolver sobre a pensão alimentícia, a posteriori”.

¹⁴ CASSETTARI, Op. Cit., p. 39.

Ainda, entende o Colégio Notarial do Brasil em suas recomendações que, neste caso, pode o tabelião optar entre descrever os bens, e as partes declararão que farão a partilha dos bens em outro momento.

Sobre o tema é cabível transcrever a opinião do autor Euclides de Oliveira:

Para finalizar, de retorno ao tema central da questão proposta, devo reconhecer que a matéria é de cunho polêmico, mas o espírito simplificador do novo diploma legal e sua analogia com o procedimento de separação judicial apontam no caminho de que seja possível lavar a escritura pública de separação consensual para o fim exclusivo da dissolução da sociedade conjugal, ainda que sem o acerto definitivo das questões relativas a alimentos e a partilha¹⁵.

Outra questão que suscita dúvida em face da omissão legal é acerca da previsão dos alimentos dos cônjuges nas escrituras. O art. 1.124-A do CPC faz menção à sua necessidade, sem especificar se é requisito obrigatório ou não.

É plausível achar que não há obrigatoriedade na fixação dos alimentos, razão pela qual não pode ser tida como requisito. Nesse sentido é a recomendação 5.8 da Corregedoria Geral de Justiça do TJSP.

A questão dos alimentos pode se tornar complexa, o que dá vazão a sua discussão judicial, sem que isso caracterize litígio da separação ou do divórcio.

Surge uma dúvida acerca da possibilidade de renúncia do cônjuge sobre os alimentos. Essa questão encontra resposta no art. 1.707 do CC/02, que *“permite ao credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar ao direito a alimentos, sendo respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”*.

Esta irrenunciabilidade dos alimentos vem sendo entendida pela jurisprudência como aquela originada pelo parentesco, e não pelo vínculo conjugal. Interessante o exposto por Vaneska Donato de Araújo:

A dificuldade maior, contudo, recai sobre a renúncia dos alimentos. Se na escritura pública os cônjuges abrem mão do recebimento de pensão alimentícia, pois entendem que podem prover o próprio sustento, não será fácil reaver o direito a alimentos, mesmo que, passados alguns meses, um deles perceba que sua atitude foi precipitada, pois não terá colocação no mercado, ou, por algum motivo, não auferirá o necessário para a sua sobrevivência. (...) Esclareça-se, de início, que há uma Súmula do STF, de n. 379, anterior à Constituição Federal de 1988, determinando que o direito a alimentos é irrenunciável. Após a entrada em vigor da Carta Magna, passou-se a entender que esta Súmula era incompatível com o art. 226, § 5º. A Súmula foi revista, mas sua redação foi mantida, explicando o mencionado tribunal que esta somente se aplica se a mulher não tiver remanescido com bens suficientes para a sua subsistência. Independentemente de tal entendimento, a maior parte da doutrina acabou por entender que a proibição de renúncia contida na Súmula se referia somente a parentes consanguíneos e não a cônjuges¹⁶.

Uma outra cláusula que pode ser acordada na escritura de separação ou divórcio é a que diz respeito à utilização do sobrenome de um dos cônjuges pelo outro após o fim do casamento.

O nome é um dos direitos da personalidade da pessoa, sendo tanto um identificador na familiar e no círculo social, quanto um formador da sua individualidade

Esse direito, a partir do novo Código Civil, sofreu modificações no que concerne à utilização pelo cônjuge separado ou divorciado, que agora tem a faculdade de mantê-lo ou voltar a usar o nome de solteiro. A mudança no dispositivo deve-se à diminuição da importância da apreciação da culpa no fim do matrimônio.

Ainda sobre o tema, esclarece Vaneska Donato de Araújo¹⁷ que, ao se casar, o nome adotado pelo cônjuge passa a fazer parte da sua

¹⁶ ARAÚJO, Vaneska Donato de. As cláusulas versando sobre a partilha de bens, sobre os alimentos e sobre o nome dos cônjuges são obrigatórias em qualquer escritura pública de separação e divórcio? In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais: questionamentos sobre a lei 11.441/2007**. São Paulo: Método, 2007. p. 265.

¹⁷ Cf. Idem, p. 268.

¹⁵ OLIVEIRA, Op. Cit., p. 259.

personalidade, da sua identificação, merecendo a proteção legal, de forma que seja facultada a continuação de sua utilização mesmo após o fim do vínculo matrimonial, não sendo o fim dessa relação jurídica motivo imperativo para alteração desse quadro.

Portanto, se sobre o assunto não se decidir na escritura de separação ou divórcio, entende-se que se optou tacitamente pela permanência do nome do ex-cônjuge. Se o interesse for modificá-lo deve haver expressa manifestação de vontade.

Em havendo oposição de uma das partes à continuação do uso do nome pelo outro, deverá tal procedimento ser levado a efeito judicialmente, dissociado, portanto, do ato notarial. Contudo, essa oposição deve ser fundamentada.

O art. 1.578 do Código Civil estabelece as hipóteses em que haverá a perda do nome, quais sejam, quando houver evidente prejuízo para sua identificação; quando houver manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida, e, por fim, quando houver dano grave reconhecido na decisão judicial.

A conclusão 5.14 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo prevê o seguinte:

Escritura pública de separação ou divórcio consensual, quanto ao ajuste do uso do nome de casado, pode ser retificada mediante declaração unilateral do interessado na volta ao uso do nome de solteiro, em nova escritura pública, também mediante assistência de advogado.

Se na elaboração da escritura não foi determinada a utilização do nome, é permitido que este possa ser alterado posteriormente, como visto acima.

Dessa forma, é possível que tais cláusulas possam ser acordadas posteriormente, tanto em razão da analogia com os institutos civilistas quanto pela desprocessualização do procedimento.

2 Da desconstituição do ato notarial e da execução alimentícia

2.1 Da desconstituição e modificação do ato notarial

A separação e o divórcio, quando realizados judicialmente, são homologados pelo juiz. Nesse caso, havendo impugnação do ato, é do acordo contido na sentença homologatória, e não propriamente da sentença.

Silmara Juny Chinelato afirma que:

O ato extrajudicial de separação ou divórcio não faz coisa julgada (o prazo para a conversão da separação em divórcio conta-se da data de sua lavratura), nem sua nulidade e anulabilidade se sujeitam ao regime que seria próprio dos atos judiciais. Assim, proceder-se-á por ação comum e as causas de inexistência, invalidação ou ineficácia perante terceiros são aquelas mesmas previstas nos arts. 138 a 184 do Código Civil¹⁸.

Dessa forma, o ato notarial de separação ou divórcio extrajudicial possui uma declaração de vontade, a de terminar o matrimônio. Assim, de forma secundária é que se abordarão outras cláusulas, sendo a vontade de se separar ou se divorciar independente do acordo.

Se houver a invalidade da escritura pública só estará restaurado o casamento se for atingida a própria declaração de vontade dos cônjuges.

A escritura de separação ou divórcio e as cláusulas (sobre bens, alimentos e o nome), cuidam de atos jurídicos distintos praticados no mesmo instrumento. Sendo essas manifestações de vontade independentes pode-se aplicar o art. 184 do CC/02.

¹⁸ CHINELATO, Silmara Juny; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. Invalidação e modificação dos atos extrajudiciais previstos na Lei 11.441/2007. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais**: questionamentos sobre a lei 11.441/2007. São Paulo: Método, 2007. p. 200.

personalidade, da sua identificação, merecendo a proteção legal, de forma que seja facultada a continuação de sua utilização mesmo após o fim do vínculo matrimonial, não sendo o fim dessa relação jurídica motivo imperativo para alteração desse quadro.

Portanto, se sobre o assunto não se decidir na escritura de separação ou divórcio, entende-se que se optou tacitamente pela permanência do nome do ex-cônjuge. Se o interesse for modificá-lo deve haver expressa manifestação de vontade.

Em havendo oposição de uma das partes à continuação do uso do nome pelo outro, deverá tal procedimento ser levado a efeito judicialmente, dissociado, portanto, do ato notarial. Contudo, essa oposição deve ser fundamentada.

O art. 1.578 do Código Civil estabelece as hipóteses em que haverá a perda do nome, quais sejam, quando houver evidente prejuízo para sua identificação; quando houver manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida, e, por fim, quando houver dano grave reconhecido na decisão judicial.

A conclusão 5.14 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo prevê o seguinte:

Escritura pública de separação ou divórcio consensual, quanto ao ajuste do uso do nome de casado, pode ser retificada mediante declaração unilateral do interessado na volta ao uso do nome de solteiro, em nova escritura pública, também mediante assistência de advogado.

Se na elaboração da escritura não foi determinada a utilização do nome, é permitido que este possa ser alterado posteriormente, como visto acima.

Dessa forma, é possível que tais cláusulas possam ser acordadas posteriormente, tanto em razão da analogia com os institutos civilistas quanto pela desprocessualização do procedimento.

2 Da desconstituição do ato notarial e da execução alimentícia

2.1 Da desconstituição e modificação do ato notarial

A separação e o divórcio, quando realizados judicialmente, são homologados pelo juiz. Nesse caso, havendo impugnação do ato, é do acordo contido na sentença homologatória, e não propriamente da sentença.

Silmara Juny Chinelato afirma que:

O ato extrajudicial de separação ou divórcio não faz coisa julgada (o prazo para a conversão da separação em divórcio conta-se da data de sua lavratura), nem sua nulidade e anulabilidade se sujeitam ao regime que seria próprio dos atos judiciais. Assim, proceder-se-á por ação comum e as causas de inexistência, invalidação ou ineficácia perante terceiros são aquelas mesmas previstas nos arts. 138 a 184 do Código Civil¹⁸.

Dessa forma, o ato notarial de separação ou divórcio extrajudicial possui uma declaração de vontade, a de terminar o matrimônio. Assim, de forma secundária é que se abordarão outras cláusulas, sendo a vontade de se separar ou se divorciar independente do acordo.

Se houver a invalidade da escritura pública só estará restaurado o casamento se for atingida a própria declaração de vontade dos cônjuges.

A escritura de separação ou divórcio e as cláusulas (sobre bens, alimentos e o nome), cuidam de atos jurídicos distintos praticados no mesmo instrumento. Sendo essas manifestações de vontade independentes pode-se aplicar o art. 184 do CC/02.

¹⁸ CHINELATO, Silmara Juny; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. Invalidação e modificação dos atos extrajudiciais previstos na Lei 11.441/2007. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais**: questionamentos sobre a lei 11.441/2007. São Paulo: Método, 2007. p. 200.

Havendo a anulação das cláusulas, mantém-se válida a separação ou divórcio extrajudiciais. Porém, o inverso não acontece, uma vez que não se pode condicionar a eficácia da vontade de se desconstituir o vínculo matrimonial à permanência das questões acessórias.

O parágrafo único do art. 1.574 do Código Civil prevê uma possibilidade de nulidade do ato notarial, a qual é bem explicada por Silmara Juny Chinelato e Henrique Geaquinto Herkenhoff:

Cabem aqui as mesmas ressalvas feitas anteriormente no sentido de se evitar se torne “letra morta” a aplicação da Lei 11.441/2007 que consagra o procedimento extrajudicial e de causar enorme insegurança jurídica: é com muita cautela e parcimônia que se devem analisar eventuais ações anulatórias das escrituras públicas previstas nesta lei, seja para dissolução da sociedade conjugal, seja na partilha *causa mortis*. Especialmente a nulidade fundada apenas no parágrafo único do art. 1.574 do Código Civil deve ser muito restritivamente avaliada, e recohecida apenas em casos extremos, e nunca prejudicará a separação ou divórcio em si mesmos, mas apenas as cláusulas econômicas: partilha e alimentos, analisados em conjunto, e não isoladamente¹⁹.

Colocam também os autores acima mencionados que o prazo para ação anulatória vai depender da parte da escritura que se pretende anular, dos fundamentos, bem como do prazo prescricional ou decadencial da matéria a ser impugnada.

Pode-se concluir, portanto, que a pretensão de anulação da escritura de separação ou divórcio extrajudicial deverá ser feita por meio de ação anulatória, prevista no art. 486 do Código de Processo Civil. A utilização desse meio administrativo não vai impedir que o ato seja desconstituído, existindo a possibilidade veiculada.

No tocante à modificação de cláusula, seria possível alterá-la administrativamente ou seria necessária a homologação judicial, nos

19 CHINELATO; HERKENHOFF, *op. cit.*, p. 201.

casos em que a separação tivesse sido feita tanto extrajudicial quanto judicialmente?

De início, numa interpretação literal da lei, seria possível somente a separação ou divórcio extrajudicial, sendo vedado outro ato, por falta de previsão. Assim, qualquer alteração posterior de cláusula só poderia ser concretizada judicialmente e com o consenso de ambos os cônjuges.

Se assim o fosse, estaria fugindo do objetivo da norma, que é o de tornar mais célere a separação e divórcio onde não há litígio.

Sobre o tema encontra-se exposição de Daniela Mucillo:

Destarte, dentro dos limites impostos pela própria sistemática da Lei 11.441/2007, tem-se que a solução é a de ser possível sim, salvo o caso acima referido, em que não há consenso, a alteração pretendida, desde que: (i) o pedido de alteração seja feito consensualmente pelos ex-cônjuges; (ii) o pedido de alteração relacione-se à separação judicial consensual que atenda aos limites impostos pela Lei 11.441/2007, ou seja, que não haja filhos menores incapazes; e (iii) a cláusula, cuja alteração consensual por via administrativa se busca, não tenha sido objeto de reparo na sentença meramente homologatória da separação judicial, posto que, neste caso, a sentença não se limita a simplesmente homologar, conforme palavras extraídas do acórdão supra transcrito, mas sim a decidir matéria de fundo ao acordo. Reforça aqui o argumento que aqui se apresenta, o fato de que ao se pretender alterar consensualmente a cláusula de separação judicial consensual, não se estará procurando alterar a sentença, mas sim aquele acordo anteriormente firmado entre os então cônjuges²⁰.

Havendo prejuízo para as próprias partes ou para terceiros, poderia o oficial do tabelionato, em analogia ao poder-dever do juiz, recusar-se a lavrar a escritura.

20 MUCILLO, Daniela. É admitido pretender-se a modificação de cláusula da separação feita em cartório extrajudicial, mediante o procedimento da Lei 11.441/2007? E no caso de separação consensual realizada judicialmente? In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Separção, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais**: questionamentos sobre a lei 11.441/2007. São Paulo: Método, 2007. p. 210.

2.2 Da execução dos alimentos firmados administrativamente

No procedimento judicial a pensão alimentícia é fixada por sentença, homologatória ou condenatória, podendo também ser estabelecido por decisão interlocutória (provisionais ou provisórios), formando-se, assim, um título executivo judicial, a ser executado nos moldes dos arts. 732 ou 733 do Código de Processo Civil.

Com o advento do procedimento administrativo de separação e divórcio consensuais, surgiu a possibilidade de serem firmados alimentos na escritura pública. A partir daí surgiu a dúvida se esse título seria hábil a promover uma execução judicial no caso de inadimplemento injustificado do alimentante.

A Lei 11.441/2007 estabeleceu que a escritura lavrada pelo tabelião é título que permite o registro civil e o registro de imóveis. Contudo, foi omissa no que concerne aos alimentos. Ainda, o Código de Processo Civil refere-se à execução de título executivo judicial. Estaria, pois, a escritura pública alheia à força executiva?

Ao se analisar o art. 585, II, do CPC, depreende-se que a mencionada omissão da lei estaria suprida, uma vez que de forma genérica prevê como título executivo extrajudicial, sendo, portanto, possível.

Contudo, há previsão específica quanto à execução de alimentos, como já afirmado, prevista no art. 733 do CPC. Inclusive, a fim de ter maior força coercitiva, o artigo mencionado estabelece a prisão do devedor de alimentos. Poderia, então, o juiz decretar a prisão por dívida de alimentos baseado em título extrajudicial, não previsto taxativamente nesse dispositivo, a que se refere a sentença e decisão judicial?

Da análise literal do dispositivo entende-se que não. Contudo, em face de uma aplicação teleológica da norma, da necessidade dos alimentos, da dignidade da pessoa humana, bem como o intuito da lei de

facilitar procedimentos, entende-se que é permitida essa interpretação, segundo exposição de Fabiana Domingues²¹.

A respeito do tema, interessante a opinião da Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias:

Agora, diante da nova sistemática concedida às separações e aos divórcios, cabe questionar que procedimento de cobrança poderá ser utilizado pelo credor quando estipulados alimentos. Se a escritura for reconhecida como título executivo extrajudicial, não haverá a incidência de multa e sequer será permitido o uso da via executória da coação pessoal. Portanto, o que à primeira vista parecia ser uma faculdade desnecessária do uso da via judicial, é a forma indispensável quando houver estipulação de alimentos. Só assim o credor poderá fazer uso dos mecanismos executórios mais ágeis, quer o de cumprimento da sentença, quer o do rito da prisão. Continuará, deste modo, a Justiça entulhada de processos. A consequência é sua morosidade, que acaba beneficiando, mais uma vez, o devedor de alimentos²².

Portanto, em função do objetivo da Lei 11.441/2007 e da importância dos alimentos, entende-se possível a aplicação do art. 733 do CPC em ação de execução de título executivo extrajudicial, firmado na escritura pública, sob pena de se tirar a efetividade buscada pela edição do referido diploma e da sua intenção social.

Considerações finais

De todo o exposto, é possível perceber a importância e o alcance da Lei 11.441/2007, apesar de esta não se constituir em um diploma autônomo e extenso, e ter somente incluído quatro novos artigos ao

21 DOMINGUES, Fabiana. A execução dos alimentos firmados em escritura pública. Como aplicar o art. 733 do CPC. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais**: questionamentos sobre a lei 11.441/2007. São Paulo: Método, 2007. p. 273-274.

22 DIAS, Maria Berenice. Os alimentos nas separações e divórcios extrajudiciais. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, a. XI, n. 252, 15 jul. 2007. Quinzenal

2.2 Da execução dos alimentos firmados administrativamente

No procedimento judicial a pensão alimentícia é fixada por sentença, homologatória ou condenatória, podendo também ser estabelecido por decisão interlocutória (provisionais ou provisórios), formando-se, assim, um título executivo judicial, a ser executado nos moldes dos arts. 732 ou 733 do Código de Processo Civil.

Com o advento do procedimento administrativo de separação e divórcio consensuais, surgiu a possibilidade de serem firmados alimentos na escritura pública. A partir daí surgiu a dúvida se esse título seria hábil a promover uma execução judicial no caso de inadimplemento injustificado do alimentante.

A Lei 11.441/2007 estabeleceu que a escritura lavrada pelo tabelião é título que permite o registro civil e o registro de imóveis. Contudo, foi omissa no que concerne aos alimentos. Ainda, o Código de Processo Civil refere-se à execução de título executivo judicial. Estaria, pois, a escritura pública alheia à força executiva?

Ao se analisar o art. 585, II, do CPC, depreende-se que a mencionada omissão da lei estaria suprida, uma vez que de forma genérica prevê como título executivo extrajudicial, sendo, portanto, possível.

Contudo, há previsão específica quanto à execução de alimentos, como já afirmado, prevista no art. 733 do CPC. Inclusive, a fim de ter maior força coercitiva, o artigo mencionado estabelece a prisão do devedor de alimentos. Poderia, então, o juiz decretar a prisão por dívida de alimentos baseado em título extrajudicial, não previsto taxativamente nesse dispositivo, a que se refere a sentença e decisão judicial?

Da análise literal do dispositivo entende-se que não. Contudo, em face de uma aplicação teleológica da norma, da necessidade dos alimentos, da dignidade da pessoa humana, bem como o intuito da lei de

facilitar procedimentos, entende-se que é permitida essa interpretação, segundo exposição de Fabiana Domingues²¹.

A respeito do tema, interessante a opinião da Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias:

Agora, diante da nova sistemática concedida às separações e aos divórcios, cabe questionar que procedimento de cobrança poderá ser utilizado pelo credor quando estipulados alimentos. Se a escritura for reconhecida como título executivo extrajudicial, não haverá a incidência de multa e sequer será permitido o uso da via executória da coação pessoal. Portanto, o que à primeira vista parecia ser uma faculdade desnecessária do uso da via judicial, é a forma indispensável quando houver estipulação de alimentos. Só assim o credor poderá fazer uso dos mecanismos executórios mais ágeis, quer o de cumprimento da sentença, quer o do rito da prisão. Continuará, deste modo, a Justiça entulhada de processos. A consequência é sua morosidade, que acaba beneficiando, mais uma vez, o devedor de alimentos²².

Portanto, em função do objetivo da Lei 11.441/2007 e da importância dos alimentos, entende-se possível a aplicação do art. 733 do CPC em ação de execução de título executivo extrajudicial, firmado na escritura pública, sob pena de se tirar a efetividade buscada pela edição do referido diploma e da sua intenção social.

Considerações finais

De todo o exposto, é possível perceber a importância e o alcance da Lei 11.441/2007, apesar de esta não se constituir em um diploma autônomo e extenso, e ter somente incluído quatro novos artigos ao

21 DOMINGUES, Fabiana. A execução dos alimentos firmados em escritura pública. Como aplicar o art. 733 do CPC. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais**: questionamentos sobre a lei 11.441/2007. São Paulo: Método, 2007. p. 273-274.

22 DIAS, Maria Berenice. Os alimentos nas separações e divórcios extrajudiciais. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, a. XI, n. 252, 15 jul. 2007. Quinzenal

Código de Processo Civil, sendo somente um deles de relevância ao presente trabalho, o art. 1.124-A.

O novo diploma, de forma tímida e inesperada, modifica de forma substancial institutos e procedimentos, carecendo de maior aprofundamento legal na sua feitura, uma vez que trata da desconstituição da sociedade e do vínculo conjugal de forma administrativa, ou seja, desfaz juridicamente a família, base do Estado, por um ato escriturário entre as partes, sem haver mais a intervenção do Estado-Juiz.

A referida lei, já no seu nascedouro, foi justificada como uma saída à demora do Poder Judiciário para proferir decisões, principalmente naquelas que teoricamente seriam mais simples, uma vez que não apresentavam litígio.

Um outro fator importante na criação da lei, que vem se revelando como uma tendência dos tempos modernos é a privatização do direito público, que cada vez mais vai subtraindo do âmbito de interferência do Estado questões que se revelem ou muito íntimas ou que não influem na sociedade nem no arcabouço jurídico como um todo.

A lei representa uma evolução, uma modificação no pensamento do legislador, que busca responder aos anseios da sociedade. É um salto no ordenamento jurídico, já que a apenas trinta anos é que se tem instituída a dissolução do matrimônio, sendo naquela época bastante restrita às hipóteses de incidência.

A Lei 11.441/2007 de fato representa um avanço aos institutos apreciados (separação e divórcio consensuais e partilha e inventário), atendendo a um reclamo social. Contudo, em virtude da inovação, da falta de previsão doutrinária, bem como das omissões em questões importantes, deve-se olhá-la com reservas, buscando principalmente, na sua aplicação, a segurança jurídica e a proteção social.

Proceedings aspect's of Law 11.441/07: Analysis of its contribution to the effectiveness of the extrajudicial separation and the divorce

Abstract

The present article, about the Law 11.441/2007: analysis of its contribution to the effectiveness of the extrajudicial separation and the divorce was developed through the expositive and deductive method. Having as research sources the doctrine, brazilian legislation, jurisprudences and articles of magazines. The mechanisms of the extrajudicial separation and divorce are

exposed, as well as its main aspects and possible problems of application; the hypotheses of fulfilling of the gaps of the new law and the practical aspects of its incidence in the Brazilian legal system.

Key-words: Separation. Divorce. Divorce. Extrajudicial. Divorce Consensual.

Referências

COLTRO, Antônio Mathias; DELGADO, Mário Luiz. (Coord.). **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais:** questionamentos sobre a Lei 11.441/2007. São Paulo: Método, 2007. 352 p. Anexos.

CASSETTARI, Christiano. **Separação, divórcio e inventário por escritura pública:** teoria e prática. São Paulo: Método, 2007. 128 p.

DIAS, Maria Berenice. Os alimentos nas separações e divórcios extrajudiciais. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, a. XI, n. 252, p. 38-39, 15 jul. 2007. Quinzenal.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Reformas recentes do processo civil:** comentário sistemático. São Paulo: Método, 2007. 271 p.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Competência no processo civil**. São Paulo: Método, 2005. 256 p.

PARREIRA, Antonio Carlos. Escrituras públicas de inventário, separação e divórcio consensuais. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, a. XI, n. 242, p. 26-29, 15 fev. 2007.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e separação judicial no novo código civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 270 p.

PIZZOL, Patricia Miranda. **A competência no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 697 p. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 55)

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. VI, 511 p.

Referência deste artigo

CERQUEIRA, Georgia Angela Gois. Aspectos procedimentais da lei 11.441/07: Análise de seu contributo à efetividade no âmbito da separação e do divórcio extrajudiciais. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 243-264, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

A repercussão geral das questões constitucionais como mecanismo de contenção recursal e requisito de admissibilidade do recurso extraordinário

Isabella Ferraz Bezerra de Menezes

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.
Servidora do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Resumo

O controle difuso de constitucionalidade das leis vem sofrendo mutações, não só decorrentes da Emenda Constitucional nº 45/2004, como também da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

As alterações têm como finalidade a solução, ou, ao menos, a neutralização da crise do Supremo Tribunal Federal, que se vê sobrecarregado com milhares de processos que são submetidos a sua apreciação, tornando a prestação

jurisdicional lenta. Com esse quadro crítico, resolveu o legislador reformador introduzir o instituto da repercussão geral, que é uma espécie de “filtro” recursal e requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral das Questões Constitucionais.

1 O recurso extraordinário e a exigência de demonstração da repercussão geral: subjetivismo x crise de legitimidade

1.1 O requisito da repercussão geral

A doutrina mais atualizada vem entendendo que o STF deve analisar, na sua função, apenas as questões constitucionais de maior relevância para obter a unidade do Direito¹. O argumento de que se deve fazer justiça na lide para as partes processuais não é fundamento suficiente para o exame do caso concreto nas instâncias excepcionais. Assim, foi instituída a repercussão geral das questões constitucionais como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário.

Vários doutrinadores vêem esse requisito como um “mecanismo de filtragem recursal”², que tem por objetivo assegurar os direitos fundamentais da tutela jurisdicional efetiva e da duração razoável do processo, protegendo, dessa forma, as partes e a justiça, visto que o STF só irá atuar quando for indispensável ao Estado democrático de Direito.

A repercussão geral, conforme entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero,

trata-se de salutar expediente que, ao mesmo tempo, visa a concretizar o valor da igualdade e patrocinar sanável economia processual, racionalizando a atividade judicial sobre, consoante já se destacou, contribuir para a realização da unidade do Direito em nosso Estado Constitucional.³

O § 3º, do art. 102, da Constituição de 88, trazido pela Emenda Constitucional 45/04, instituiu a repercussão geral, que, para alguns

1 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 17.

2 Idem, p. 18.

3 Idem, p. 19.

doutrinadores, não se trata de novidade no direito brasileiro, tendo em vista a arguição de relevância da Emenda Constitucional 7/77, introduzida na Constituição Federal de 67/69⁴. Em princípio, há presunção da repercussão geral das questões discutidas no caso, visto que o STF só poderá recusar o recurso, por ausência de repercussão geral, diante da manifestação de dois terços de seus membros, ou seja, oito ministros.

Assim, temos que a repercussão geral surgiu com o intuito de diminuir o número de Recursos Extraordinários a serem submetidos ao STF. O juízo de admissibilidade desse recurso tornou-se mais rígido, trazendo obstáculos para determinadas questões que não são relevantes, nem de interesse geral, numa tentativa de densificar o papel da nossa Corte Suprema de guardião da Constituição⁵.

A demonstração da Repercussão geral será mais um requisito para que o recurso seja admitido, mas ela não será analisada pelo tribunal *a quo*, sob pena de usurpação da competência do STF. Visto isso, o Supremo poderá, por 4 (quatro) votos, dar seguimento ao Recurso Extraordinário, o que, para Lênio Streck, “pode representar não uma solução, mas um problema a mais para o Supremo Tribunal Federal”⁶. Continua o jurista, ainda, afirmando que:

a doutrina, entretanto, deverá estar atenta, para que, tanto o poder de emitir súmulas vinculantes como o de examinar a dimensão das repercussões gerais das questões constitucionais, não transforme o Supremo Tribunal Federal em um poder acima de todos os demais, legislando através de súmulas e estabelecendo, de forma discricionária, os limites das matérias que irá julgar, obstaculizando, assim, a devida oxigenação da jurisprudência.⁷

4 DANTAS, Ivo. **Constituição e Processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 460.

5 AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 455.

6 STRECK, Lênio Luiz. A Repercussão Geral das Questões Constitucionais e a admissibilidade do Recurso Extraordinário: a Preocupação do Constituinte com as Causas Irrelevantes. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 134.

7 Idem, p. 134.

O maior problema será demonstrar a repercussão geral, no caso concreto do Recurso Extraordinário, já que, ao STF, caberá interpretar o que seja a repercussão geral. Para Lênio Streck, essa interpretação não pode piorar as restrições ao recurso, impedindo o acesso do cidadão à Cúpula do Judiciário.⁸

A repercussão geral deve ser entendida pelo Tribunal Constitucional em conformidade com a Constituição Federal e o Estado Democrático de Direito, não havendo discricionariedade para definir as causas que irá julgar. A Emenda Constitucional nº 45, em momento algum, atribuiu essa competência ao STF. Portanto, somente haverá repercussão geral nas questões quando estiver claro o interesse geral na questão constitucional submetida ao STF, transcendendo os interesses privados, protegendo as decisões dos Juízos ordinários e o próprio Tribunal Constitucional, que apenas discutirá “matérias constitucionais de relevância e reflexo para toda a sociedade.”⁹

Afirma o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso, dissertando sobre a relevância, como pressuposto do Recurso Extraordinário:

esta é, para nós, uma solução realmente inovadora: exigir que seja de alta relevância a questão federal suscitada, para se admitir o recurso (...).

E continua:

(...) ainda que estes outros estiverem presentes, o recurso não seria admitido, quando a questão de direito federal focalizada não fosse de alta relevância. Essa relevância, posta como condição de admissibilidade do recurso, seria verificada sob o ponto de vista do interesse público.¹⁰

8 Idem, p. 134.

9 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. atual. até a EC nº 53/06. São Paulo: Atlas, 2007. p. 538.

10 Idem, p. 538.

Após a Emenda Constitucional nº 45/2004, o recorrente terá que, não só basear o seu recurso em pelo menos uma das hipóteses de cabimento do artigo 102, inciso III, da Constituição Federal de 1988, como também comprovar a repercussão geral da questão constitucional. Essa foi uma medida tomada em razão dos freqüentes abusos por parte dos litigantes, que ocorrem tanto na esfera do STF, como do STJ, fortalecendo a necessidade de limitação das questões que devem ser julgadas nas instâncias extraordinárias.¹¹

Cresce a cada dia a busca por uma tutela jurisdicional eficaz, sendo este o principal argumento para a criação de mecanismos que sirvam como filtro recursal.

O que ocorre na atualidade é o que Luiz Manoel Gomes Junior chama de “funcionarização” do Poder Judiciário, com a necessidade de se buscarem soluções para manter um fluxo razoável dos recursos excepcionais, diminuindo o número de demandas que são postas à apreciação do STF e do STJ, através de mecanismos que impeçam a subida de recursos sobre idêntica questão.¹²

O legislador pode impor limites aos recursos excepcionais, mas não deve haver abuso, arbitrariedade; os obstáculos processuais devem ser razoáveis. Porém, apesar da intenção na instituição da repercussão geral ser boa, não será ela solução para o problema da “crise do STF” ou, mais propriamente, da “crise do Recurso Extraordinário”, pois, segundo J.J. Calmon de Passos, citado por Luiz Manoel Gomes Júnior, “num setor como o do Judiciário, onde as mudanças ocorrem a duras penas, criar instrumentos capazes de ainda mais dificultá-las é sempre agravar riscos, que não acreditamos se obtenha em termos de aceleração dos julgamentos (...)”¹³.

11 GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **A Arguição de Relevância: a Repercussão Geral das Questões Constitucionais e Federais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 1.

12 Idem, p. 3-4.

13 GOMES JUNIOR, Op. Cit., p. 8.

Há necessidade de seletividade na interposição do Recurso Extraordinário, sendo, portanto, a repercussão geral, um mecanismo semelhante à arguição de relevância da Constituição Federal de 1967/69. Essa necessidade também decorre, tendo em vista que a grande maioria dos recursos extraordinários não merece provimento, abarrotando o Supremo Tribunal Federal com causas que são levadas a ele em razão da insatisfação abusiva das partes processuais. Assim, o Recurso Extraordinário deve transcender o caso concreto.

Hugo de Brito Machado afirma que a repercussão geral:

deve ser vista como instrumento de aperfeiçoamento do controle difuso de constitucionalidade, e não como um obstáculo ao exercício deste pela Corte Maior. Afinal de contas, a ela compete, precipuamente, a guarda da Constituição. Esta é a sua tarefa principal, mais importante, de sorte que nenhuma lesão à Constituição, e desde que capitulada em um dos incisos nos quais estão definidas as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, que tenha repercussão geral, pode ser subtraída de seu exame.¹⁴

Tendo em vista isso, a repercussão geral é “instrumento obstaculizador do contraste da questão constitucional debatida, na tentativa de fazer com que o Supremo Tribunal Federal, muito embora não o seja de fato, se assemelhe ainda mais à Suprema Corte Americana”.¹⁵

Portanto, a repercussão geral deve ser apreciada tendo-se em vista a função primordial do STF, que é de guardião da Constituição, velando pela eficácia dos mandamentos constitucionais, principalmente os direitos individuais e sociais¹⁶, e proteção do Estado Democrático de Direito. Então, não pode nossa Corte Maior se utilizar de critérios arbitrários,

14 MACHADO, Hugo de Brito. Conhecimento do Recurso Extraordinário – Repercussão Geral das Questões Constitucionais. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, São Paulo, n. 34, p.41. , jan. 2006.

15 ABREU, Frederico do Valle. Repercussão geral. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 3, n. 109. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=460>> Acesso em: 15 maio 2007.

16 GOMES JUNIOR, Op. Cit. p. 73.

que findam por ser políticos, para decidir o que terá relevância ou não, sob pena de violar o direito dos cidadãos a uma solução constitucional para o seu conflito.

1.1.1 Natureza Jurídica da Repercussão Geral

Para Nelson Rodrigues Netto, a repercussão geral é “um requisito intrínseco de admissibilidade recursal” (...) não podendo “ser considerado como uma outra espécie recursal ou qualquer outro tipo de instituto”¹⁷. Já está pacificado na doutrina e na jurisprudência que a repercussão geral não é recurso, mas sim, requisito preliminar que denota a relevância jurídica, social, política e econômica da questão constitucional posta à apreciação no Recurso Extraordinário. A exemplo disso, Sérgio Bermudes dissertou que “o § 3º do art. 102 criou mais um pressuposto de admissibilidade do Recurso Extraordinário: a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, cabendo à lei estruturar o modo de demonstração desse requisito”.¹⁸

Afirma, ainda, Nelson Rodrigues Netto que:

a repercussão geral da questão constitucional é uma hipótese qualificada de cabimento do recurso extraordinário por três razões: 1ª) Trata-se de hipótese complementar em relação às demais capituladas no art. 102, III, da CF; 2ª) foi empregada técnica legislativa diferenciada para sua descrição, mediante o uso de conceito vago ou indeterminado; 3ª) a competência para declarar a ausência da repercussão geral é exclusiva do STF, mediante *quorum* qualificado de dois terços de seus membros.¹⁹

17 RODRIGUES NETTO, Nelson. A Aplicação da Repercussão Geral da Questão Constitucional no Recurso Extraordinário consoante a Lei nº 11.418/06. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, São Paulo, n. 49, p.112, abr. 2007.

18 BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 56.

19 RODRIGUES NETTO, Op. Cit., 2007.

A repercussão geral é como um filtro, que restringe o cabimento do Recurso Extraordinário, não sendo admitido este, caso a violação seja individualizada e sem relevância para a sociedade como um todo.

Arruda Alvim, comentando sobre o § 3º, do art. 102, da Constituição Federal de 1988, diz que:

É, como já se disse, um filtro pelo qual estão genericamente admitidos recursos extraordinários em relação aos quais sejam caracterizados por ter repercussão geral, e, nesse sentido, se está discriminando que somente a questão constitucional em relação à qual se reconheça a repercussão geral é que comportará o recurso extraordinário. Todas as questões constitucionais que não sejam dotadas desse atributo, pela EC n. 45, estão excluídas da possibilidade de recurso extraordinário. Este último conjunto de questões constitucionais passou a ser objeto de 'veto' constitucional, em que se estabeleceu o não-cabimento de recurso extraordinário.²⁰

Afirma Hugo de Brito Machado, que a repercussão geral não é mais uma hipótese de cabimento do Recurso Extraordinário, mas requisito de admissibilidade²¹, que subsiste com os demais requisitos legais dos recursos em geral imprescindíveis e não com os relacionados apenas ao formalismo procedimental.²²

Sendo assim, a repercussão geral é um requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, um pressuposto recursal que não existe de forma autônoma e que tem um fim de diminuir o número de questões a serem decididas pelo STF, tornando, portanto, verdadeiramente efetiva a tutela jurisdicional. Visto isso, não atendido esse pressuposto, não poderá o STF apreciar a violação à Carta Magna posta a seu exame.²³

20 ARAÚJO, José Henrique Mouta. A Repercussão Geral e o Novo Papel do STF. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, São Paulo, n.50, p.62, maio 2007.

21 MACHADO, Hugo de Brito. Conhecimento do Recurso Extraordinário – Repercussão Geral das Questões Constitucionais. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, São Paulo, n. 34, p.45, jan. 2006.

22 MACHADO, Op. Cit., p.51.

23 PITMAN, Mildred Lima. A Repercussão Geral como Requisito de Admissibilidade do Recurso Extraordinário. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, São Paulo, n. 42, p.130, set. 2006.

1.1.2 Objetivos da Repercussão Geral

A repercussão geral, no direito brasileiro, não possui definição objetiva. No entanto, a doutrina vem entendendo que tem repercussão geral as questões constitucionais de interesse transindividual²⁴. Não se deve ter essa objetividade para não engessar o Judiciário, até porque esse instituto tem conceito aberto a interpretações, visando possibilitar ao Supremo Tribunal Federal a análise do requisito no caso concreto.

Os principais objetivos da repercussão geral são a restrição da interposição dos Recursos Extraordinários, almejando a diminuição do número de processos a serem submetidos ao STF e ajudar a Corte Maior na qualificação das suas decisões, aderindo ao controle difuso de constitucionalidade um caráter abstrato. Porém, apesar da necessidade de se tirar essa carga processual do nosso Tribunal Constitucional, para que ele preste, efetivamente, a tutela jurisdicional, deve-se observar o princípio da proporcionalidade no juízo de valoração das questões constitucionais e os efeitos que surgirão das suas decisões.

1.1.2 Procedimento de Apreciação da Repercussão Geral

Na apreciação do requisito da repercussão geral, deverá o STF admitir, para posterior julgamento do mérito, apenas as questões transcendentais, ou seja, que terão efeitos não só para as partes individualmente, mas para além do processo, atingindo interesses gerais. Assim, a decisão será paradigma para outros processos que discutam questão idêntica.²⁵

Para isso, deverá o recorrente, na interposição do Recurso Extraordinário, justificar em preliminar a repercussão geral do seu caso,

24 MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit., p. 33.

25 PITMAN, Op. Cit., p. 137.

demonstrando o efeito extensivo para outras causas, além de também cumprir todos os requisitos inerentes à admissão do recurso.

Sobre o procedimento de análise da repercussão geral, André Luiz Santa Cruz Ramos afirma que:

Com efeito, como a CF/88 diz que apenas para negar seguimento ao RE será preciso decisão do Pleno, somente quando a Turma entender ausente o requisito da repercussão geral remeterá o processo a julgamento em sessão plenária. Assim, o relator, quando entender ausente a repercussão geral, submete a questão para apreciação da Turma. Se esta discordar da posição do relator admite o RE e o julga. Caso a Turma, porém, concorde com o relator, entendendo estar ausente o requisito da repercussão geral, submete a questão à apreciação do Pleno, em decisão irrecorrível.

Claro está que nem todos os RE's precisarão ser encaminhados ao Pleno para análise da demonstração da repercussão geral. Aqui, parece-nos que a solução está no art. 557 do Código de Processo Civil. Ora, depois da manifestação do Pleno sobre uma determinada matéria, não a considerando, por exemplo, matéria de repercussão geral, outros RE's que versem sobre o mesmo assunto não precisarão ser encaminhados, novamente, ao órgão plenário do STF. O relator do recurso, aplicando o art.557 do CPC, poderá negar seguimento ao RE, invocando o precedente do Plenário.²⁶

Cumprido ressaltar que, a repercussão geral deverá ser apreciada antes do mérito, mas depois dos outros requisitos de admissibilidade. Estes serão analisados monocraticamente e, posteriormente, a Turma irá discutir acerca da repercussão geral²⁷, que por quatro votos poderá

26 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Da Necessidade de Demonstração da Repercussão Geral das Questões Constitucionais Discutidas no Recurso Extraordinário (art. 102, § 3º, da CF/88). **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, São Paulo, n. 32, p. 16-17, nov. 2005.

27 Em sentido contrário, ALVIM, Arruda. A EC N. 45 e o Instituto da Repercussão Geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaio Críticos** sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 64.

No mesmo sentido, SARTÓRIO, Elvio Ferreira; JORGE, Flávio Cheim. O Recurso Extraordinário e a Demonstração da Repercussão Geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaio Críticos** sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 186.

admitir o recurso, sem necessidade de remessa ao Pleno, e lavrará acórdão. Após a admissão, o relator irá analisar o mérito recursal. Porém, se a Turma entender que não há repercussão geral, o recurso será remetido ao Pleno, que por oito votos poderá declarar a ausência de repercussão geral, ou então, admitir o recurso, que passará à apreciação do mérito pelo relator.²⁸

O *quorum* de dois terços, apesar de parecer um excesso, conforme posicionamento de Luiz Manoel Gomes,²⁹ traz uma maior segurança para as partes processuais, no entanto, causa uma maior lentidão nos julgamentos do STF³⁰. Dessa forma, brilhante é a conclusão de André Ramos Tavares, citado por José Rogério Cruz e Tucci³¹, de que o legislador teve a intenção de evitar que o poder decisório ficasse apenas nas mãos do relator sobre as questões relevantes, porém, teria sido mais coerente determinar o *quorum* de maioria absoluta para declarar a ausência de repercussão geral.

1.1.3 A Repercussão Geral e a Súmula Vinculante

Ambos os institutos, introduzidos na Carta Magna por meio da EC 45/04, conhecida como a Emenda da Reforma do Judiciário, surgiram como um filtro, com objetivo de diminuir a sobrecarga no STF e também nos demais tribunais do país, tendo-se em vista que todos exercem o controle difuso de constitucionalidade.

Sobre a temática, José Henrique Mouta Araújo diz que,

se de um lado a súmula vinculante pode ser vista de dentro do STF para fora, com vinculação do enunciado ao Judiciário e à Administra-

28 Esse entendimento já está pacificado na doutrina nacional, após a publicação da Lei 11.418/2006 e da Emenda Regimental nº 21.

29 GOMES JUNIOR, Op. Cit., p. 73.

30 TUCCI, José Rogério Tucci. A Repercussão Geral como Pressuposto de Admissibilidade do Recurso Extraordinário. **Revista dos Tribunais (RT)**, São Paulo, a. 95, v.848, p. 65, jun. 2006.

31 Idem, p. 65.

ção Pública (arts. 2º e 7º da Lei 11.417/06 c/c o art.103-A da CF/88), a repercussão geral pode ser vista de fora para dentro, considerando a presunção está em favor do recurso paradigma, sendo desconstituída apenas com deliberação majoritária do Plenário do STF.³²

Além da semelhança nos objetivos desses instrumentos, de superar a crise do judiciário, o tribunal local poderá não admitir recurso cuja matéria já tenha sido apreciada pelo STF, por exemplo, consagrada em súmula vinculante, considerando-o sem repercussão geral. Ademais, havendo recursos com controvérsia idêntica, a apreciação da repercussão geral será feita por amostragem e os demais recursos ficarão sobrestados. Se o STF decidir pela carência de repercussão geral, todos os demais recursos não serão admitidos automaticamente, podendo o relator indeferir-los liminarmente. Portanto, essa decisão terá efeitos vinculantes, o que aproxima a repercussão geral da súmula vinculante, cabendo dela o agravo interno do § 1º, do art. 557, do CPC.

Arruda Alvim, em explanação sobre a questão, aduz que:

É certo que com a repercussão geral fica quantitativamente minimizado o acesso ao STF, e, com a súmula vinculante quando e na medida em que editadas, ter-se-á ainda maior eficácia das decisões do STF, porquanto a súmula será obrigatória, ou, vinculante, para os assuntos que tenham sido sumulados, atingindo o Judiciário e a Administração, ou seja, juízos e litigantes, e, Administração e administrados.³³

Presume-se, ainda, a presença da repercussão geral “sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.”³⁴ Dessa forma, haverá repercussão geral quando a causa versar sobre questões transcendentais, de interesse geral,

32 ARAÚJO, José Henrique Mouta. A Repercussão Geral e o Novo Papel do STF. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, São Paulo, n. 50, p.64, maio 2007.

33 ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaio Críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 67.

34 Artigo 543-A, parágrafo § 3º, do Código de Processo Civil.

e quando for necessário proteger decisões do STF, evitando, assim, decisões divergentes dos tribunais.

Conclui-se, então, que a edição de súmula vinculante depende do atendimento da repercussão geral, visto que só haverá decisões reiteradas em causas constitucionais de repercussão geral. Não obstante, isso não impossibilita que questões tidas como irrelevantes venham a ser disciplinadas por súmula.

1.1.4 O Controle Difuso e a Repercussão Geral: a “Objetivação”³⁵ do Recurso Extraordinário

No controle difuso de constitucionalidade, em regra, há a prevalência do interesse individual, do direito subjetivo das partes litigantes, sendo a questão constitucional incidental. Antes da criação da repercussão geral, só era relevante saber se a matéria constitucional refletia na decisão do caso concreto. Sendo assim, a repercussão geral aproximou os controles difuso e concentrado, tendo, agora, o Recurso Extraordinário a função principal de solucionar questões constitucionais de repercussão geral. Há, portanto, uma restrição na interposição do Recurso Extraordinário e do acesso à justiça pelo cidadão.

Com o parágrafo 3º, do art. 102, não é mais suficiente comprovar a violação da Constituição e prequestionar a matéria, é necessário que o recorrente demonstre a repercussão geral da questão constitucional debatida.

Tendo em vista o exposto, o requisito da repercussão geral alterou o foco do controle difuso efetuado pelo STF em sede de Recurso Extraordinário. Como dissertam Marcelo Labanca Corrêa de Araújo e Luciano José Pinheiro Barros:

35 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 274.

ção Pública (arts. 2º e 7º da Lei 11.417/06 c/c o art.103-A da CF/88), a repercussão geral pode ser vista de fora para dentro, considerando a presunção está em favor do recurso paradigma, sendo desconstituída apenas com deliberação majoritária do Plenário do STF.³²

Além da semelhança nos objetivos desses instrumentos, de superar a crise do judiciário, o tribunal local poderá não admitir recurso cuja matéria já tenha sido apreciada pelo STF, por exemplo, consagrada em súmula vinculante, considerando-o sem repercussão geral. Ademais, havendo recursos com controvérsia idêntica, a apreciação da repercussão geral será feita por amostragem e os demais recursos ficarão sobrestados. Se o STF decidir pela carência de repercussão geral, todos os demais recursos não serão admitidos automaticamente, podendo o relator indeferir-los liminarmente. Portanto, essa decisão terá efeitos vinculantes, o que aproxima a repercussão geral da súmula vinculante, cabendo dela o agravo interno do § 1º, do art. 557, do CPC.

Arruda Alvim, em explanação sobre a questão, aduz que:

É certo que com a repercussão geral fica quantitativamente minimizado o acesso ao STF, e, com a súmula vinculante quando e na medida em que editadas, ter-se-á ainda maior eficácia das decisões do STF, porquanto a súmula será obrigatória, ou, vinculante, para os assuntos que tenham sido sumulados, atingindo o Judiciário e a Administração, ou seja, juízos e litigantes, e, Administração e administrados.³³

Presume-se, ainda, a presença da repercussão geral “sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.”³⁴ Dessa forma, haverá repercussão geral quando a causa versar sobre questões transcendentais, de interesse geral,

32 ARAÚJO, José Henrique Mouta. A Repercussão Geral e o Novo Papel do STF. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, São Paulo, n. 50, p.64, maio 2007.

33 ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaios Críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 67.

34 Artigo 543-A, parágrafo § 3º, do Código de Processo Civil.

e quando for necessário proteger decisões do STF, evitando, assim, decisões divergentes dos tribunais.

Conclui-se, então, que a edição de súmula vinculante depende do atendimento da repercussão geral, visto que só haverá decisões reiteradas em causas constitucionais de repercussão geral. Não obstante, isso não impossibilita que questões tidas como irrelevantes venham a ser disciplinadas por súmula.

1.1.4 O Controle Difuso e a Repercussão Geral: a “Objetivação”³⁵ do Recurso Extraordinário

No controle difuso de constitucionalidade, em regra, há a prevalência do interesse individual, do direito subjetivo das partes litigantes, sendo a questão constitucional incidental. Antes da criação da repercussão geral, só era relevante saber se a matéria constitucional refletia na decisão do caso concreto. Sendo assim, a repercussão geral aproximou os controles difuso e concentrado, tendo, agora, o Recurso Extraordinário a função principal de solucionar questões constitucionais de repercussão geral. Há, portanto, uma restrição na interposição do Recurso Extraordinário e do acesso à justiça pelo cidadão.

Com o parágrafo 3º, do art. 102, não é mais suficiente comprovar a violação da Constituição e prequestionar a matéria, é necessário que o recorrente demonstre a repercussão geral da questão constitucional debatida.

Tendo em vista o exposto, o requisito da repercussão geral alterou o foco do controle difuso efetuado pelo STF em sede de Recurso Extraordinário. Como dissertam Marcelo Labanca Corrêa de Araújo e Luciano José Pinheiro Barros:

35 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 274.

ção Pública (arts. 2º e 7º da Lei 11.417/06 c/c o art.103-A da CF/88), a repercussão geral pode ser vista de fora para dentro, considerando a presunção está em favor do recurso paradigma, sendo desconstituída apenas com deliberação majoritária do Plenário do STF.³²

Além da semelhança nos objetivos desses instrumentos, de superar a crise do judiciário, o tribunal local poderá não admitir recurso cuja matéria já tenha sido apreciada pelo STF, por exemplo, consagrada em súmula vinculante, considerando-o sem repercussão geral. Ademais, havendo recursos com controvérsia idêntica, a apreciação da repercussão geral será feita por amostragem e os demais recursos ficarão sobrestados. Se o STF decidir pela carência de repercussão geral, todos os demais recursos não serão admitidos automaticamente, podendo o relator indeferi-los liminarmente. Portanto, essa decisão terá efeitos vinculantes, o que aproxima a repercussão geral da súmula vinculante, cabendo dela o agravo interno do § 1º, do art. 557, do CPC.

Arruda Alvim, em explanação sobre a questão, aduz que:

É certo que com a repercussão geral fica quantitativamente minimizado o acesso ao STF, e, com a súmula vinculante quando e na medida em que editadas, ter-se-á ainda maior eficácia das decisões do STF, porquanto a súmula será obrigatória, ou, vinculante, para os assuntos que tenham sido sumulados, atingindo o Judiciário e a Administração, ou seja, juízos e litigantes, e, Administração e administrados.³³

Presume-se, ainda, a presença da repercussão geral “sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.”³⁴ Dessa forma, haverá repercussão geral quando a causa versar sobre questões transcendentais, de interesse geral,

32 ARAÚJO, José Henrique Mouta. A Repercussão Geral e o Novo Papel do STF. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, São Paulo, n. 50, p.64, maio 2007.

33 ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaios Críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 67.

34 Artigo 543-A, parágrafo § 3º, do Código de Processo Civil.

e quando for necessário proteger decisões do STF, evitando, assim, decisões divergentes dos tribunais.

Conclui-se, então, que a edição de súmula vinculante depende do atendimento da repercussão geral, visto que só haverá decisões reiteradas em causas constitucionais de repercussão geral. Não obstante, isso não impossibilita que questões tidas como irrelevantes venham a ser disciplinadas por súmula.

1.1.4 O Controle Difuso e a Repercussão Geral: a “Objetivação”³⁵ do Recurso Extraordinário

No controle difuso de constitucionalidade, em regra, há a prevalência do interesse individual, do direito subjetivo das partes litigantes, sendo a questão constitucional incidental. Antes da criação da repercussão geral, só era relevante saber se a matéria constitucional refletia na decisão do caso concreto. Sendo assim, a repercussão geral aproximou os controles difuso e concentrado, tendo, agora, o Recurso Extraordinário a função principal de solucionar questões constitucionais de repercussão geral. Há, portanto, uma restrição na interposição do Recurso Extraordinário e do acesso à justiça pelo cidadão.

Com o parágrafo 3º, do art. 102, não é mais suficiente comprovar a violação da Constituição e prequestionar a matéria, é necessário que o recorrente demonstre a repercussão geral da questão constitucional debatida.

Tendo em vista o exposto, o requisito da repercussão geral alterou o foco do controle difuso efetuado pelo STF em sede de Recurso Extraordinário. Como dissertam Marcelo Labanca Corrêa de Araújo e Luciano José Pinheiro Barros:

35 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 274.

Resta saber, contudo, se a garantia de acesso ao Supremo Tribunal Federal, situada no plano do controle difuso de constitucionalidade, seria *conditio sine qua non* para a consagração de ditos direitos fundamentais e, pois, para a preservação do Estado Democrático de Direito. Ou, em outras palavras, se o controle difuso posto ao acesso do cidadão, para a preservação de dito Estado Democrático de Direito, deverá necessariamente, além de ser oportunizado por meio de diversos instrumentos processuais examinados pelos mais diversos juízes singulares e Tribunais (a pedido ou *ex officio*), também ser oportunizado, mediante o acesso do cidadão ao Supremo Tribunal Federal por meio de Recurso Extraordinário.³⁶

Essa mudança no controle difuso efetuado pelo STF, por meio do Recurso Extraordinário, demonstra uma alteração do perfil do STF, deixando este de ser um Tribunal Jurisdicional e tornando-se Corte Constitucional, desagregado da idéia de justiça subjetiva, dada ao cidadão individualmente no caso concreto.³⁷

Assim, o Recurso Extraordinário passou a ser um “instrumento do controle difuso e abstrato de constitucionalidade das leis”³⁸. A decisão do Pleno do STF acerca da repercussão geral irá vincular todos os demais recursos referentes a mesma temática, que serão indeferidos liminarmente, caso o pronunciamento tenha sido pela ausência de repercussão geral. Inclusive, este já vinha sendo o entendimento do STF, antes mesmo da publicação da Emenda Constitucional 45/04, conforme decisão do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no processo administrativo nº 318.715/STF, publicada no Diário Oficial de 17 de Dezembro de 2003³⁹, e da Ministra Ellen Gracie Northfleet (AI nº

36 ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; BARROS, Luciano José Pinheiro. O Estreitamento da Via Difusa no Controle de Constitucionalidade e a Comprovação da Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO DO CONPEDI, XV, Recife, 2006. Anais. Recife, 2006.

37 MACEDO, Elaine Harzheim. Repercussão geral das questões constitucionais: nova técnica de filtragem do recurso extraordinário. **Direito e democracia**, Canoas- RS, v. 6, n. 1, p. 89, 2005.

38 DIDIER JR.; CUNHA, Op. Cit., p. 271.

39 O recurso extraordinário “deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). (...) A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo

375.011-Informativo nº 365 do STF). Portanto, conclui-se que a decisão do Recurso Extraordinário poderá produzir efeitos para além das partes processuais, vinculando os demais casos, com a ressalva de que poderá haver a revisão do entendimento pelo Pleno do STF.

1.2 A Arguição de Relevância, o Direito Comparado e os Institutos Análogos

A repercussão geral das questões constitucionais não é o mesmo que a “arguição de relevância”, existente na Constituição Federal de 1967/69. O ex-ministro Victor Nunes Leal foi um dos que melhor analisou a arguição de relevância, “que ao seu ver era a melhor forma de aliviar a sobrecarga de trabalho do STF”⁴⁰. Porém, esse instituto não foi acolhido pela CF/88, tendo em vista a distribuição de competências entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça⁴¹.

A arguição de relevância da questão federal foi criada pela Emenda Regimental nº 3/75, sendo, posteriormente, inserida na Carta Magna por meio da Emenda Constitucional nº 7/77, que alterou o seu artigo 119. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no § 1º, do artigo 327, com redação dada pela Emenda nº 2/85, dizia que a arguição de relevância era aquela que “pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos e políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal”.

imediate – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos. MADDOZ, Wagner Amorim. O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais. **Revista de Processo**, São Paulo, 2005, n. 119, p. 75-76, 2005 apud DIDIER JR., CUNHA, Op. Cit., p. 275.

40 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 7. ed. ver., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.63-64.

41 A arguição de relevância era para as questões constitucionais e federais, mas ela teve como foco apenas as questões infraconstitucionais. “Ou seja, o legislador daquela época, mesmo estando em período ditatorial, teve o bom senso e a inteligência de não pretender restringir o acesso àquela Corte Suprema, tratando-se de matéria constitucional, pois tinha consciência da magnitude de sua importância, da sua relevância” – BERALDO, Leonardo de Faria. “A Arguição de Relevância da Questão Constitucional no Recurso Extraordinário sob o prisma da EC N. 45/2004”. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 6, n. 35, p. 139-153, maio/jun. 2005.

O seu objetivo era fazer o recurso, que não estivesse nas hipóteses de cabimento, chegar ao STF.

Após, a argüição de relevância foi incluída no inciso XI, do art. 325 do Regimento Interno do STF, transformando-se em mais uma hipótese de cabimento do Recurso Extraordinário.⁴²

Nos vários anos em que foi utilizado, esse instrumento sofreu diversas críticas, a maioria delas em razão do poder discricionário dado ao STF para decidir o que seria relevante, inclusive com julgamento secreto pelo Conselho do STF e sem necessidade de motivação. Para justificar isso, muitos defendiam que a decisão sobre a argüição de relevância tinha caráter político.⁴³ Já a apreciação da repercussão geral terá que ser feita publicamente e com motivação, em razão do que preceitua o artigo 93, IX, da CF/88.

Assim como a repercussão geral, a argüição de relevância era forma de selecionar as causas a serem submetidas à apreciação do STF. Porém, a segunda servia para a admissão de recursos que em princípio não eram cabíveis, enquanto a primeira retira da apreciação do STF causa que não possuía repercussão geral.⁴⁴ Esta, além de exigir a relevância, afirma a indispensabilidade da transcendência da questão controversa.⁴⁵

Na argüição de relevância a presunção era de irrelevância, devendo o STF demonstrá-la; já com a repercussão geral, a presunção é de relevância, só podendo esta ser derrubada pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do STF. Porém, entre esses dois institutos há ligação, visto que ambos possuem conceito indeterminado, ficando a cargo do STF, no caso concreto, analisar o que se enquadra no dispositivo.

42 MANCUSO, Op. Cit., p.65.

43 ALVES, Moreira apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 7. ed. ver., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.66-67.

44 MARINONI, Op. Cit., p. 31.

45 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 31.

Juvêncio Vasconcelos Viana afirma ser,

curioso que se venha, hoje em dia, dar tal 'aplausos' à medida. É que, no passado, quando eliminada a chamada argüição de relevância do texto da Constituição de 1988, isso foi visto como uma mudança absolutamente salutar; dizia-se que se tinha posto fim a uma medida discricionária e antidemocrática.⁴⁶

Assim, a argüição de relevância, como dissertou Mildred Lima Pitman, "afigurou-se como um prévio requisito de análise dos recursos extraordinários sob o aspecto da importância – ou não – do tema versado na causa quando a discussão envolvesse matéria de lei federal"⁴⁷. Ela era apreciada antes do juízo de admissibilidade, ficando o Recurso Extraordinário sobrestado. Se fosse aceita, haveria o juízo de admissibilidade e posterior remessa ao STF, não influenciando a decisão sobre a relevância na análise do mérito recursal.

Conclui-se, portanto, que a repercussão geral não se confunde com a argüição de relevância, já que esta era instrumento apto a tornar admissível recurso que não estava enquadrado no Regimento Interno do STF, enquanto aquele deve haver em todas as hipóteses de Recurso Extraordinário, sendo ambas as decisões do colegiado irrecorríveis.

A repercussão geral é mecanismo inspirado não só na argüição de relevância, como também em outros institutos existentes em diversas Cortes Constitucionais, tais como a Suprema Corte Norte – Americana (*writ of certiorari*), Suprema Corte Argentina (requisito da transcendência), Tribunal Constitucional Espanhol (juízo de relevância)⁴⁸, Suprema Corte do Japão⁴⁹, Suprema Corte Alemã (importância fundamental da

46 VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Questão de Repercussão Geral (§ 3º do art. 102 da Constituição Federal) e a Admissibilidade do Recurso Extraordinário. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 30, São Paulo, set. 2005, p. 72-84.

47 PITMAN, Op. Cit. p. 128.

48 LAMY, Marcelo. Repercussão Geral das Questões Constitucionais. **Revista Ser Advogado**, n. 1, abr. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/diretor/artigo_repercussao geral.htm>. Acesso em: 05 jul. 2007.

49 GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. A Repercussão Geral da Questão Constitucional no Recurso Extraordinário. **Revista Forense**, São Paulo, v. 101, n. 378, p. 52. mar./abri. 2005.

causa)⁵⁰, entre outros, que analisam apenas as causas de maior relevância. A Suprema Corte Norte-Americana só analisa o caso “se houver juízo positivo de admissibilidade realizado pelo menos por quatro juízes (norma dos quatro)”⁵¹; se o caso a ser apreciado for admitido, “a Suprema Corte emite um *writ of certiorari* (carta requisitória), ordenando que o tribunal inferior reúna os autos de um processo e os envie a ela para revisão”.⁵²

Porém, com a repercussão geral a escolha do STF não poderá ser discricionária, vez que com todos os requisitos, o recurso deve ser admitido.

Na Alemanha, “a importância fundamental da causa” é analisada no Tribunal *a quo*, enquanto a repercussão geral será apreciada privativamente pelo Supremo Tribunal Federal.

No direito nacional atual há outro instituto semelhante à repercussão geral, que é a transcendência do recurso de revista, disposta no artigo 896-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.226/2001. A transcendência é um pré-requisito para a admissão do recurso de revista, existindo nas demandas de interesse geral, tendo a mesma definição da repercussão geral. No entanto, a eficácia desse instituto está restringida, visto que o Tribunal Superior do Trabalho ainda não regulamentou a questão, haja vista que a transcendência sofreu diversas críticas.

Sendo assim, como afirma Lênio Streck,

a exigência da comprovação da ‘repercussão geral’ corre o risco de ineficácia similar ao recentemente criado instituto da ‘transcendência’ introduzido na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 896-A), exatamente pela falta (e pela dificuldade) de definição do que seja transcendência econômica, política, social e jurídica.⁵³

50 MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit., p. 20.

51 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. atual. até a EC nº 53/06. São Paulo: Atlas, 2007. p. 539.

52 Idem, p. 539-540

53 STRECK, Op. Cit., p. 142.

E conforme veremos, a Lei 11.418/06 trouxe um conceito vago, para que possa haver uma interpretação pelo STF no caso concreto, delimitando no art. 543-A, § 1º do CPC que “será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

1.3 Conteúdo Normativo da Repercussão Geral

A Constituição determinou que o conteúdo da repercussão geral deve ser definido em lei federal. A Lei 11.418/06 trouxe um conceito vago, para que possa haver uma interpretação pelo STF no caso concreto, delimitando no art. 543-A, § 1º do CPC que “será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

No entanto, como já explanado anteriormente, há hipótese de presunção absoluta da repercussão geral, quando “o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal” (art. 543-A, § 3º, CPC, acrescentado pela Lei Federal n.11.418/2006)⁵⁴, trazendo o caráter vinculante das decisões do nosso Tribunal Constitucional.

Para Fredie Didier Jr. e Leonardo da Cunha, foi correta a colocação de conceitos indeterminados, afirmando que a presunção é de que haja repercussão geral quando causas coletivas contenham temática Constitucional⁵⁵. Medina, Wambier e Wambier apresentam elementos para a definição da repercussão geral: a jurídica seria quando a decisão fosse “perigoso e relevante precedente”; a política, quando influenciasse nas “relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais”;

54 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 269.

55 Idem, p. 270.

social, quando se referisse à escola, à moradia ou mesmo à legitimidade do Ministério Público para a propositura de certas ações”; e econômica, quando o debate envolvesse, por exemplo, a privatização de serviços públicos essenciais.⁵⁶

O sentido dos termos indeterminados deve tomar por base o Estado Democrático de Direito; sendo assim, não pode o STF, mesmo no papel de guardião da Constituição, dar essa definição discricionariamente⁵⁷. O caso da Suprema Corte Norte-Americana não deve servir de parâmetro para o Brasil, visto que as culturas e os sistemas jurídicos são diversos.

Teresa Wambier, citada por Lênio Streck, faz crítica à discricionariedade judicial, afirmando que “de regra, não se deve usar o termo discricionariedade atinentemente à atividade do Poder Judiciário (...)”⁵⁸. A justiça ficaria vulnerável aos interesses políticos. Porém, os que defendem o instituto afirmam que não haverá discricionariedade, pois as decisões deverão ser motivadas, tomando por base o art. 93, IX, da CF/88⁵⁹, o que não impossibilita que no futuro o STF defina hipóteses, objetivamente, em que haja a repercussão geral, dando ao relator poder para indeferir liminarmente o Recurso Extraordinário.⁶⁰

Na prática, “relevância para o STF poderá ser, muitas das vezes, a vontade do Poder Executivo, uma vez que os ministros desta Corte são nomeados pelo Presidente da República”⁶¹. Porém, não se pode entender interesse público, coletivo, como interesse do Estado, pois a

56 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 3**: Leis 11.382/2006, 11.417/2006, 11.418/2006, 11.341/2006, 11.419/2006, 11.441/2007 e 11.448/2007. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 103-104.

57 STRECK, Lênio Luiz. A Repercussão Geral das Questões Constitucionais e a admissibilidade do Recurso Extraordinário: a Preocupação do Constituinte com as “Causas Irrelevantes”. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 136-137.

58 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apud STRECK, Op. Cit., p. 137.

59 GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **A Arguição de Relevância: a Repercussão Geral das Questões Constitucionais Federais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 28.

60 TUCCI, José Rogério Tucci. “A Repercussão Geral” como Pressuposto de Admissibilidade do Recurso Extraordinário. **Revista dos Tribunais (RT)**, São Paulo, a. 95, v. 848, p. 62, jun. 2006.

61 BERALDO, Leonardo de Faria. A Arguição de Relevância da Questão Constitucional no Recurso Extraordinário sob o prisma da EC N. 45/2004. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 6, n. 35, p. 139-153, maio/jun. 2005.

Carta Magna protege os interesses individuais num todo, o interesse geral. O que irá ocorrer é que o STF vai legislar, mas não de maneira concreta, definindo as causas que vai ou não analisar.

A repercussão geral deve ser apreciada, assim, tendo-se em vista que os efeitos da decisão tomada pelo STF transcendam a lide, influenciando em outras causas, mostrando o julgador o motivo pelo qual entendeu que a questão possui repercussão geral ou não. Portanto, a decisão tem natureza jurisdicional.⁶²

Por fim, cumpre colacionar o brilhante entendimento de Leonardo Greco sobre o tema:

Por maior rigor que venha a cercar a elaboração da lei preconizada, certamente será impossível evitar o arbítrio, o que resultará em tornar facultativa ou discricionária a jurisdição constitucional do STF. Embora o *quorum* da inadmissão seja elevado, 8 Ministros [em outra passagem, o Mestre lembra que a admissão do *certiorari* pela Suprema Corte dos Estados Unidos depende do voto favorável de 4 dos 9 Ministros], essa limitação reduzirá o controle de constitucionalidade das decisões judiciais e representará a abdicação pelo STF do seu magno papel de guardião pleno da Constituição.⁶³

1.4 A Irrecorribilidade da Decisão do Supremo Tribunal Federal que não Admite o Recurso Extraordinário por Ausência de Repercussão Geral

O artigo 543-A, caput, do código de processo civil dispõe que a decisão que não admite o Recurso Extraordinário, por ausência de repercussão geral, é irrecorrível. No entanto, essa disposição não impossibilita a interposição de embargos declaratórios⁶⁴, que têm o objetivo de sanar obscuridade, contradição ou omissão do julgado,

62 MARTINS, Samir José Caetano. A Repercussão Geral da Questão Constitucional (Lei nº 11.418/2006). **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, São Paulo, n. 50, p.102, maio 2007.

63 GRECO, Leonardo. A Reforma do Poder Judiciário e o Acesso à Justiça. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, São Paulo, n. 27, p. 67-87, jun. 2005.

64 MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit., p. 53.

mesmo que não seja para alterar a decisão, já que é importante saber com clareza qual é o entendimento do STF acerca de determinada questão⁶⁵.

Outra observação a ser feita é que, a inadmissão do recurso pela inexistência de repercussão geral, feita de maneira errônea, em tese, possibilita o cabimento de mandado de segurança para o plenário do STF, com base no art. 5º, II, da lei 1.533/51, conforme entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁶⁶, apesar de não ser essa a posição do STF, visto que este não aceita mandado de segurança contra ato de seus ministros, em contraposição à previsão constitucional do artigo 102, I, 'd'.⁶⁷

Temos, finalmente, outro problema trazido por esse mecanismo, que se refere à aplicação da Súmula 126 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que: "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assente em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário". Sendo assim, caso o STF já tenha manifestado que a questão constitucional não tem repercussão geral, o recorrente mesmo assim teria que interpor o Recurso Extraordinário, para que o Recurso Especial seja admitido, visto que se só interpuser este último, ele não será conhecido. Portanto, apresentam-se ambos e, com o provimento do Recurso Especial, o Extraordinário restará prejudicado e o acórdão será substituído⁶⁸. Então, a repercussão geral pode findar por obstar o provimento do recurso especial.

65 CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. As Inovações da EC N. 45/2004 Quanto ao Cabimento do Recurso Extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord)... [et al]. **Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaios Críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 545.

66 MARINONI; MITIDIERO, Op. Cit., p. 57. Em sentido oposto, NETTO, Nelson Rodrigues. A Aplicação da Repercussão Geral da Questão Constitucional no Recurso Extraordinário consoante a Lei nº 11.418/06. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, n. 49, São Paulo, p.123, abr. 2007.

67 STF, MS 25.517, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 16.09.2005.

68 KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A Repercussão Geral das Questões Constitucionais e o Juízo de Admissibilidade do Recurso Extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord)... [et al]. **Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaios Críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 758.

The Effect of General Constitutional Issues as a Mechanism of Contentious Recursal and requirement of admissibility of Extraordinary

Abstract

The diffuse control of constitutionality of the laws comes suffering to mutations, not only decurrent of the Constitutional Emendation nº 45/2004, as well as of the proper jurisprudence of the Supreme Federal Court.

The alterations have as purpose the solution, or, the least, the neutralization of the crisis of the Supreme Federal Court, whom if it sees overloaded with thousand of processes that are submitted its appreciation to each year, becoming the slow judgement. With this

critical picture, it decided the changer legislator to introduce, by means of the Constitutional Emendation nº 45/2004, the institute of the general repercussion, that is a species of "recursal and requisite filter" of admissibility of the Appeal to the Brazilian Supreme Court.

Key-words: Control of Constitutionality. Appeal to the Brazilian Supreme Court. General repercussion of the Questions Constitutional.

Referências

ABREU, Frederico do Valle. Repercussão geral. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 3, n. 109. Disponível em: < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=460> > Acesso em: 15 de maio de 2007.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ALVIM, Arruda. A EC N. 45 e o Instituto da Repercussão Geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaios Críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A Repercussão Geral e o Novo Papel do STF. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, n. 50, São Paulo, p.60-66, maio 2007.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. ; BARROS, Luciano José Pinheiro. O Estreitamento da Via Difusa no Controle de Constitucionalidade e a Comprovação da Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários. In: XV ENCONTRO PREPARATÓRIO DO CONPEDI, Recife, 2006. Anais. Recife, 2006.

BERMUDES, Sérgio. **A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional N° 45**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DANTAS, Ivo. **Constituição e Processo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil – Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **A Arguição de relevância: a Repercussão geral das questões Constitucional e Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. A Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário. **Revista Forense**, São Paulo, v. 101, n. 378, p. 52. mar./abr. 2005.

GRECO, Leonardo. A Reforma do Poder Judiciário e o acesso à justiça. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, São Paulo, n. 27, p. 67-87, jun.2005.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A Repercussão Geral das Questões Constitucionais e o Juízo de Admissibilidade do Recurso Extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaios Críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LAMY, Marcelo. Repercussão Geral das Questões Constitucionais. **Revista “Ser Advogado”**, n. 01 – abr. 2007. Disponível em: < http://www.esdc.com.br/diretor/artigo_repercussao geral.htm > Acesso em: 05 jul. 2007.

MACEDO, Elaine Harzheim. Repercussão geral das questões constitucionais: nova técnica de filtragem do recurso extraordinário. **Direito e Democracia**, Canoas, RS, v. 6, n. 1, p. 89, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. Conhecimento do Recurso Extraordinário – Repercussão Geral das Questões Constitucionais. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, São Paulo, n. 34, jan. 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 7. ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Samir José Caetano. “A Repercussão Geral da Questão Constitucional (Lei n° 11.418/2006)”. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, São Paulo, n. 50, p. 95-111, maio 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. Atualizada até a EC n° 53/06. São Paulo: Atlas, 2007.

NETTO, Nelson Rodrigues. A Aplicação da Repercussão Geral da Questão Constitucional no Recurso Extraordinário consoante a Lei nº 11.418/06. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, São Paulo, n. 49, p.112-129, abr. 2007.

PITMAN, Mildred Lima. A Repercussão Geral como Requisito de Admissibilidade do Recurso Extraordinário. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, São Paulo, n. 42, p.126-141, set. 2006.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Da Necessidade de Demonstração da Repercussão Geral das Questões Constitucionais Discutidas no Recurso Extraordinário (art. 102, § 3º, da CF/88). **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, São Paulo, n. 32, p. 16-17, nov. 2005.

SARTÓRIO, Elvio Ferreira; JORGE, Flávio Cheim. O Recurso Extraordinário e a Demonstração da Repercussão Geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaios Críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. A Repercussão Geral das Questões Constitucionais e a admissibilidade do Recurso Extraordinário: a Preocupação do Constituinte com as “Causas Irrelevantes”. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TUCCI, José Rogério Tucci. “A Repercussão Geral” como Pressuposto de Admissibilidade do Recurso Extraordinário. **Revista dos Tribunais (RT)**, São Paulo, a. 95, v. 848, p. 60-65. jun. 2006.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. “Questão de Repercussão Geral (§ 3º do art. 102 da Constituição Federal) e a Admissibilidade do Recurso Extraordinário”. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 30, p. 72-84, set. 2005..

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 3: Leis 11.382/2006, 11.417/2006, 11.418/2006, 11.341/2006, 11.419/2006, 11.441/2007 e 11.448/2007**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaios Críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Referência deste artigo

MENEZES, Isabella Ferraz Bezerra de. A repercussão geral das questões constitucionais como mecanismo de contenção recursal e requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 265-292, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

A investigação jurídica e o recurso aos direitos estrangeiros e à comparação

José Júnior Florentino dos Santos Mendonça

Mestre em Direito pela FDR-UFPE, Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Público pela FDR-UFPE, Doutorando junto a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e Juiz de Direito Substituto de 3ª Entrância em Pernambuco.

Resumo

O discurso sobre as particularidades do método comparativo, as causas determinantes e a conveniência do recurso ao exame dos direitos estrangeiros e à comparação jurídica no decorrer de uma investigação científica, em nossos dias, revela-se como elemento indispensável para o sucesso de qualquer trabalho que pretenda viabilizar respostas às hesitações do pesquisador e constituir objeto para futuras pesquisas. O conhecimento

do direito estrangeiro confere ao pesquisador oportunidade para apreciar novas possibilidades normativas e formar uma visão completa do fenômeno jurídico, bem como para identificar os conceitos fundamentais sobre os quais os sistemas ou determinados institutos, agrupados ou não, estão alicerçados.

Palavras-chave: Pesquisa. Direito. Comparação e método.

I Considerações Introdutórias

1. Todo trabalho científico deve revelar-se contributo original para consolidação do conhecimento sobre tema específico, apto para viabilizar respostas às hesitações do investigador e constituir objeto para futuras pesquisas (ECO, 1998:2).

A demonstração da originalidade envolve grandes desafios quando a pesquisa exige o recurso a direitos estrangeiros e à comparação, es-

pecialmente porque tais atividades não dispensam a exibição da capacidade para identificar os problemas, expô-los e debatê-los com base numa retrospectiva abalizada e crítica dos tratamentos anteriores, nem a justificação da necessidade de sobrepor novos argumentos à matéria, a partir da utilização de métodos, técnicas e interpretações inovadoras ou diferenciadas, capazes de atribuírem à investigação nuances ainda não visualizadas¹.

2. O primeiro repto do investigador é velar pelo caráter singular do seu estudo, sendo criativo na composição da proposta discursiva e no delineamento do campo de investigação, e evitando arranjos indecifráveis ou tão concisos que impossibilitem a identificação dos direitos ou sistemas jurídicos eleitos como objeto da análise comparativa.

A descrição do problema a ser abordado, dos pretextos da escolha e das principais idéias publicadas sobre a matéria, constitui aspecto indispensável da exposição dos motivos que validam a oportunidade e conveniência da tese no plano científico, e justificam a pertinência da análise comparativa, ou não, dos direitos estrangeiros, ainda que fundada em circunstâncias específicas, como a recepção de normas e princípios e a influência de ordenamentos comunitários.

3. A intrincada cadeia de interações jurídicas que condiciona, na atualidade, o desenvolvimento das sociedades não permite que a investigação científica, levada a cabo na elaboração de uma tese de doutoramento, ignore por completo o exercício da comparação como mecanismo eficiente da apreensão global de como o direito é produzido, reproduzido, colocado e pensado nos diversos sistemas jurídicos.

A pretensão deste breve ensaio é, precisamente, discorrer sobre as causas determinantes e a conveniência do recurso ao exame dos direitos estrangeiros e à comparação jurídica no decorrer de uma

¹ A administração da tese requer empenho de todos os envolvidos, daí a importância na escolha do orientador. Nos casos em que o doutorando pode escolher, recomenda-se meditação sobre o perfil do professor que possa melhor se adequar à investigação, cónscio de que cada orientador tem uma filosofia própria de acompanhamento.

investigação científica, e ponderar sobre as particularidades de método comparativo.

II Valorização do Recurso aos Direitos Estrangeiros e à Comparação

4. O conhecimento do direito estrangeiro confere ao pesquisador oportunidade para apreciar novas possibilidades normativas e formar uma visão completa do fenómeno jurídico, isso porque a comparação consubstancia não só o exame de regras de um dado instituto posicionado em dois ou mais ordenamentos, mas inclui a identificação dos conceitos fundamentais sobre os quais os sistemas ou determinados institutos, agrupados ou não, estão alicerçados, permitindo uma melhor compreensão do direito e o manejo de soluções jurídicas passíveis de serem transportadas pela via da recepção legislativa².

O crescimento da importância do direito comparado, de um modo geral, está fundado em razões de ordem económica decorrentes do incremento das políticas neoliberais de intercâmbio económico multinacional; em questões de cunho político, devido ao surgimento de blocos regionais de Estados e de organismos supranacionais com poderes para harmonizar as respectivas legislações; em causas de natureza sociocultural e sociopolítica, resultantes dos grandes movimentos migratórios; e de carácter tecnológico, proveniente da aceleração das formas comunicativas e de transmissão de dados (TAVARES, 2001:169).

Essas circunstâncias atribuem carácter interdisciplinar ao direito comparado e impõem ao comparatista a obrigação de colher elementos

² PAULO FERREIRA DA CUNHA, ao prefaciar a obra de ERIC AGOSTINI, defendeu que o conhecimento do direito de diversos lugares tornou-se exigência irrenunciável, tendo em vista à submissão do Direito Internacional e dos Modelos Comunitários à necessidade de harmonização jurídica, em razão das idiosincrasias existentes entre as diversas fórmulas de soluções para problemas comuns, fato que tem exposto a insustentabilidade da idéia de existência de princípios de direito natural comuns a todas as sociedades. Professa que a comparação de direitos é uma disciplina enciclopédica porque, ao comparar direitos, faz muito mais que comparar leis, ou sequer ordenamentos especificamente jurídicos, na realidade compara civilizações e culturas (198-:6).

em várias fontes do conhecimento, bem como orientar sociologicamente os seus estudos jurídicos³, mediante o emprego de métodos utilizados nas disciplinas sociais, sobretudo a sociologia, a economia, a história e a ciência política, concomitantemente com o manejo dos métodos e técnicas jurídicas de investigação, com o intuito de permitir adequada sistematização do conhecimento jurídico.

5. O confronto multidisciplinar dos institutos jurídicos é visto como mero mecanismo acessório na identificação das mutações experimentadas pelos ordenamentos ao longo do tempo, inábil, portanto, para determinar no campo da investigação a utilização de técnicas próprias de outras áreas do conhecimento, e para suplantar o método jurídico de comparação, tido como indispensável ao estudo do direito (FIX-ZAMUDIO, 1996: 68), e único capaz de permitir àqueles que atribuem maior importância à sistematização dos conceitos jurídicos seguirem o caminho da dedução e da síntese, e aos interessados no exame dos dados da experiência jurídica optarem pela vereda da indução e da análise.

Na investigação comparativa não se pode perder de vista que as soluções jurídicas disponibilizadas para solução dos problemas sociais variam de acordo com o país e o período no qual se materializam e, apesar de fundadas em textos semelhantes, se submetem às mais divergentes interpretações, a exemplo do que ocorre nos sistemas jurídicos de estruturas econômicas comparáveis, onde os “problemas idênticos são resolvidos duma maneira certamente quase homogênea, mas seguindo vias jurídicas muito diferentes” (AGOSTINI, 198-?:16).

6. As disparidades entre direitos decorrem essencialmente dessa diversidade fática que serve de lastro aos ordenamentos, e da pluralidade

3 Para HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, o direito, concebido como produto da vida social, incorpora as características da flexibilidade, da riqueza de matizes e da mutabilidade, “lo que significa que el jurista debe aproximarse a este objeto de conocimiento con um espíritu abierto y dinámico, para evitar uma esclerosis que le impida comprender los constantes cambios que se operan en el ordenamiento jurídico, con mayor razón en nuestra época de cambios sociales acelerados que han influido profundamente en el campo del derecho” (1996:58).

de concepções do direito que informam a prática legislativa e acadêmica das nações⁴, situação que anuncia a necessidade de examinar, em sede de direito comparado, as condições sociais e históricas que ensejaram a formação da regra ou instituto jurídico ponderado, os mecanismos de interpretação e integração das normas e os aspectos religiosos, filosóficos e ideológicos modeladores do ordenamento⁵ que justificam as diferenças e similitudes e podem conduzir tanto à aproximação como ao afastamento dos sistemas.

A predominância da força atrativa que motiva a formação de blocos políticos e econômicos tem modificado o traçado das relações entre Estados e civilizações, deflagrado o confronto entre diferentes famílias do direito, e afetado profundamente o arcabouço jurídico internacional ao estabilizar o fenômeno da internacionalização dos conceitos jurídicos, influenciando diretamente o estudo científico dos sistemas jurídicos, uma vez que o método comparativo torna-se o principal mecanismo de investigação e via exclusiva para o desdobramento da cooperação jurídica entre Estados e organismos internacionais, quer no plano regional, quer no âmbito mundial.

Um dos efeitos mais marcantes desse quadro inovador é o incremento do movimento de unificação dos direitos há muito defendido como essencial à garantia das negociações internacionais e à idealização de meios eficazes de composição dos complexos conflitos internacionais, materializado ora pela celebração de convenções que obrigam aos Estados signatários a modificarem as legislações nacionais a fim de darem vigência uniforme às normas convencionadas, ora por intermédio da elaboração de leis comuns incorporadas aos ordenamentos nacionais,

4 Segundo ERIC AGOSTINI, “desde que as bases das diversas sociedades humanas variam, sobre o pormenor ou sobre o essencial, é fatal que as regulamentações, que os enquadram, se diversificam em função directa das variações dos seus respectivos fins” (198-?:17).

5 Para ANTONIO GAMBARO (1992:20): “cio detto, esistono anche norme giuridiche veicolate dall'ideologia. Ma, nel quadro della dinamica giuridica, cioè nel quadro delle mutazioni del diritto e delle cause che determinano queste mutazioni, l'ideologia è semplicemente la fase primordiale dell'adozione della norma, e le costanti che governano le mutazioni della norma germano in modo identico le mutazioni dell'insieme 'ideologia + norma'. Noi constatiamo che certe variazioni del diritto sono procedute dalla variazione dell'ideologia”.

em várias fontes do conhecimento, bem como orientar sociologicamente os seus estudos jurídicos³, mediante o emprego de métodos utilizados nas disciplinas sociais, sobretudo a sociologia, a economia, a história e a ciência política, concomitantemente com o manejo dos métodos e técnicas jurídicas de investigação, com o intuito de permitir adequada sistematização do conhecimento jurídico.

5. O confronto multidisciplinar dos institutos jurídicos é visto como mero mecanismo acessório na identificação das mutações experimentadas pelos ordenamentos ao longo do tempo, inábil, portanto, para determinar no campo da investigação a utilização de técnicas próprias de outras áreas do conhecimento, e para suplantar o método jurídico de comparação, tido como indispensável ao estudo do direito (FIX-ZAMUDIO, 1996: 68), e único capaz de permitir àqueles que atribuem maior importância à sistematização dos conceitos jurídicos seguirem o caminho da dedução e da síntese, e aos interessados no exame dos dados da experiência jurídica optarem pela vereda da indução e da análise.

Na investigação comparativa não se pode perder de vista que as soluções jurídicas disponibilizadas para solução dos problemas sociais variam de acordo com o país e o período no qual se materializam e, apesar de fundadas em textos semelhantes, se submetem às mais divergentes interpretações, a exemplo do que ocorre nos sistemas jurídicos de estruturas econômicas comparáveis, onde os “problemas idênticos são resolvidos duma maneira certamente quase homogênea, mas seguindo vias jurídicas muito diferentes” (AGOSTINI, 198-?:16).

6. As disparidades entre direitos decorrem essencialmente dessa diversidade fática que serve de lastro aos ordenamentos, e da pluralidade

3 Para HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, o direito, concebido como produto da vida social, incorpora as características da flexibilidade, da riqueza de matizes e da mutabilidade, “lo que significa que el jurista debe aproximarse a este objeto de conocimiento com um espíritu abierto y dinámico, para evitar una esclerosis que le impida comprender los constantes cambios que se operan en el ordenamiento jurídico, con mayor razón en nuestra época de cambios sociales acelerados que han influido profundamente en el campo del derecho” (1996:58).

de concepções do direito que informam a prática legislativa e acadêmica das nações⁴, situação que anuncia a necessidade de examinar, em sede de direito comparado, as condições sociais e históricas que ensejaram a formação da regra ou instituto jurídico ponderado, os mecanismos de interpretação e integração das normas e os aspectos religiosos, filosóficos e ideológicos modeladores do ordenamento⁵ que justificam as diferenças e similitudes e podem conduzir tanto à aproximação como ao afastamento dos sistemas.

A predominância da força atrativa que motiva a formação de blocos políticos e econômicos tem modificado o traçado das relações entre Estados e civilizações, deflagrado o confronto entre diferentes famílias do direito, e afetado profundamente o arcabouço jurídico internacional ao estabilizar o fenômeno da internacionalização dos conceitos jurídicos, influenciando diretamente o estudo científico dos sistemas jurídicos, uma vez que o método comparativo torna-se o principal mecanismo de investigação e via exclusiva para o desdobramento da cooperação jurídica entre Estados e organismos internacionais, quer no plano regional, quer no âmbito mundial.

Um dos efeitos mais marcantes desse quadro inovador é o incremento do movimento de unificação dos direitos há muito defendido como essencial à garantia das negociações internacionais e à idealização de meios eficazes de composição dos complexos conflitos internacionais, materializado ora pela celebração de convenções que obrigam aos Estados signatários a modificarem as legislações nacionais a fim de darem vigência uniforme às normas convencionadas, ora por intermédio da elaboração de leis comuns incorporadas aos ordenamentos nacionais,

4 Segundo ERIC AGOSTINI, “desde que as bases das diversas sociedades humanas variam, sobre o pormenor ou sobre o essencial, é fatal que as regulamentações, que os enquadram, se diversificam em função directa das variações dos seus respectivos fins” (198-?:17).

5 Para ANTONIO GAMBARO (1992:20): “cio detto, esistono anche norme giuridiche veicolate dall'ideologia. Ma, nel quadro della dinamica giuridica, cioè nel quadro delle mutazioni del diritto e delle cause che determinano queste mutazioni, l'ideologia è semplicemente la fase primordiale dell'adozione della norma, e le costanti che governano le mutazioni della norma governano in modo identico le mutazioni dell'insieme 'ideologia + norma'. Noi constatiamo che certe variazioni del diritto sono procedute dalla variazione dell'ideologia”.

e ora mediante a recepção de normas elaboradas por organismos internacionais (ANCEL, 1971:76).

III Multifuncionalidade do Trabalho Comparativo

7. A comparação jurídica evidencia-se, nesse cenário, como engenho decisivo para a coordenação e harmonização das regras uniformizadas com as demais normas integrantes dos sistemas jurídicos envolvidos, a concretização do fenômeno da recepção legislativa, viabilizando a adequação dos institutos transportados aos condicionamentos dos Estados receptadores (DANTAS, 2000:66), a compreensão da política jurídica dos países e do processo de relativização dos direitos nacionais, a análise do dinamismo legislativo⁶, a identificação das correntes reformadoras em ação no plano internacional e a solidificação da cooperação jurídica internacional.

No âmbito das ciências jurídico-políticas, a comparação incorpora grande valor ao figurar como mecanismo importante no delineamento das concepções políticas, das opções ideológicas, das estruturas governamentais e dos aparatos jurisdicionais que as sustentam⁷.

8. Nessa moldura, o direito comparado assume posição relevante na estabilização dos processos de integração regional⁸, sobretudo no que tange à identificação das similitudes e divergências nas fórmulas,

6 Os frequentes contatos com a legislação estrangeira, no campo do comércio e do direito internacional privado, têm impulsionado o aumento do interesse pelo direito comparado e consolidado, como primeiro e mais difícil passo dentro do processo comparativo, a aquisição de sólido conhecimento da lei estrangeira (BOGDAN, 1994:21).

7 JORGE MIRANDA aponta como causas gerais do fomento do direito comparado "o desenvolvimento da própria Ciência Jurídica e o incremento das relações internacionais e da circulação de pessoas e bens" (2006:248), enquanto LEONTIN-JEAN CONSTANTINESCO refere-se à ampliação do horizonte histórico e científico e ao rápido avanço das metamorfoses mundiais, com a passagem de uma perspectiva ptolomeica para uma visão copernicana do Direito (1972:8).

8 Influenciado pelas dimensões que este fenômeno adquiriu na Europa, MARC ANCEL sustenta que a finalidade precisa do direito comparado é "le rapprochement des institutions juridiques n'a plus seulement pour but de dégager l'unité d'un droit sous-jacent derrière ses expressions nationales; il doit conduire à imposer aux Nations, désormais constituées en société internationale, un droit unique ou uniforme à la foi de leur compréhension e gage de leur entente pacifique" (1971:23).

pretéritas ou contemporâneas, de regulação das questões comumente vivenciadas pelos ordenamentos em aproximação, na descoberta dos aspectos convergentes capazes de justificar a harmonização dos sistemas jurídicos positivos⁹, e na configuração das múltiplas opções interpretativas e das possíveis vias de solução de conflitos que, não raro, dispensam o conhecimento das normas locais a que se reportam.

Além de atender a um interesse científico e constituir eficaz mecanismo de política legislativa, a comparação jurídica viabiliza uma melhor interpretação e aplicação do direito nacional evidenciando seus caracteres originais e suprimindo lacunas. Também tem sido de grande utilidade na glosa e no emprego de normas de direito internacional e de regras comunitárias ou resultantes de processos de uniformização ou harmonização legislativa, na identificação dos conteúdos de princípios gerais comuns a diversos países, na erradicação das dificuldades terminológicas deflagradas nos processos de celebração de tratados e convenções, e no reconhecimento e execução de julgamentos e decisões estrangeiras.

Essa explícita multifuncionalidade do trabalho comparativo decorre da visualização do direito como "fenômeno transnacional ou universal cuja diversidade simultânea corresponde exactamente à diversidade de estruturas das sociedades em presença no mundo" (MIRANDA, 2006:259), e atrela-se à finalidade prática de influir crítica e ativamente sobre as estruturas e institutos examinados, contribuindo para a compreensão dos sistemas jurídicos e para a estabilização da obra harmonizadora que inspira a sua pretensão uniformizadora.

9 ANA LÚCIA DE LYRA TAVARES destaca que, em tempo de fragmentação do saber jurídico, a comparação é mecanismo importante no exame do fenômeno de circulação dos modelos jurídicos, materializado nas recepções legislativas, e constitui "etapa preparatória para a harmonização, a atenuação de diferenças, para a elaboração de instrumentos jurídicos comuns" (2001:167).

IV Pressupostos para Validação do Trabalho Comparativo

9. A apreensão global de como as regras jurídicas são postas nos ordenamentos examinados constitui condição primeira para a abordagem tanto dos pontos de aproximação espontânea ou provocada das legislações¹⁰, como dos aspectos divergentes sobre os quais deverão ser trabalhadas as possíveis fórmulas de harmonização.

A descrição e o estudo sério do direito estrangeiro e dos mecanismos de justaposição de disposições são indispensáveis para o desenvolvimento do trabalho comparativo e requerem a adoção de medidas capazes de validar a investigação, como o conhecimento das línguas nativas das leis pesquisadas, a manutenção de um raciocínio crítico acerca do seu conteúdo normativo, a atribuição de relevância às decisões dos tribunais locais, a análise das divisões, instrumentos de administração e sistemas de referência do ordenamento, e a ponderação do contexto econômico, cultural, social e religioso que serve de base à ideologia jurídica do sistema.

10. No cotejo analítico de determinados institutos, sistemas ou subsistemas é recomendável a emissão de juízos de realidade em substituição aos de valor, porque no plano jurídico o estudo comparativo vai muito além da reflexão sobre disposições em vigor, da descrição dos sistemas constitucionais estrangeiros e da indicação de normas estrangeiras previamente selecionadas, mas se ocupa, ao mesmo tempo, com o enquadramento doutrinário e jurisprudencial da matéria examinada.

Incumbe ao investigador considerar os Direitos em sua totalidade ao examinar os sentidos das normas, enaltecer aqueles que foram construídos pelos tribunais e pela doutrina, especialmente nos sistemas de tradição romanista, onde a jurisprudência contribui para a construção

¹⁰ Cujo fenômeno de recepção de direitos é o exemplo mais completo.

de novos institutos e princípios, e a academia assume papel importante na hermenêutica e na formação dos operadores do direito¹¹.

V Especificidades Metodológicas da Atividade Comparativa

11. O método a ser adotado é o jurídico, observadas as particularidades exclusivamente atribuídas à análise comparativa como, por exemplo, o fato de tratar necessariamente do direito vigente em outros países e, dependendo da extensão da pesquisa, de ter como objeto o fenômeno da recepção legislativa¹² ou o confronto entre as diferenças e semelhanças das normas ou institutos ponderados.

Ao desenvolver o estudo comparado o investigador deve ficar atento para não enveredar exclusivamente no campo da História do Direito, cujo objeto também engloba múltiplos ordenamentos jurídicos, principalmente quando se refere à análise histórico-comparativa de determinados institutos, ou da Teoria Geral do Direito, devido ao seu caráter eminentemente teórico e ao fato de também tratar de princípios ou institutos comuns a vários ordenamentos.

12. É imperioso ter em mente que a comparação jurídica, de regra, ocupa-se de normas e institutos contemporâneos utilizando os elementos históricos de forma secundária e, a despeito do seu caráter teórico, tem natureza predominantemente empírica e instrumental¹³ voltada

¹¹ Para os adeptos da neutralidade, o cientista do Direito deve examiná-lo enquanto integrante de um sistema jurídico, sendo-lhe vedado abandonar essa relação inter-sistêmica para julgá-los. Em consequência, cabe-lhe elencar apenas as inconstitucionalidades, nulidades e ilegalidades de normas e atos baseados no modelo jurídico trabalhado. Aqueles que se insurgem contra o que chamam de enclausuramento científico defendem que a interpretação do Direito, em algumas circunstâncias, impõe o recurso a dados de outras ciências sociais, ou mesmo naturais, e que o investigador não deve deixar de executá-lo com arrimo em convicções políticas, morais e religiosas.

¹² O termo recepção é utilizado para indicar a aplicação, no âmbito de um ordenamento, de norma formalizada em sistema diverso.

¹³ ALESSANDRO PIZZORUSSO pontifica que "la funzione strumentale del diritto comparato se manifesta con particolare rilievo rispetto all'ordinamento della comunità internazionale ed a quelli delle organizzazioni internazionali" (1983:112).

para o apontamento das discrepâncias e analogias entre ordenamentos jurídicos distintos e à identificação de normas ou princípios comuns a diversos sistemas, com o objetivo não só de melhorar a interpretação dos direitos nacionais, como também de aproximá-los com base num ideal de unificação.

Qualquer que seja a linha de pesquisa eleita, o exame dos sistemas de fontes, dos mecanismos de produção jurídica e das técnicas de interpretação e aplicação das normas é crucial, mas sempre será arrimado fundamentalmente na demonstração dos elementos de aproximação e de distanciamento das normas, institutos ou sistemas, com o propósito de averiguar suas semelhanças e diferenças, explicar a sua origem e avaliar as diversas soluções idealizadas¹⁴.

VI Direito Comparado e Mero Exame de Legislação Estrangeira

13. É comum confundir direito comparado com o mero exame de direitos estrangeiros em razão da importância que ambos têm como mecanismos de investigação e integração, na elaboração das leis e no suprimento de lacunas legislativas (ALMEIDA e FONTES, 1994:89).

14 Analisando o problema do recurso à comparação, sob uma ótica inusitada, e concebendo como objeto da ciência comparada do direito o confronto entre várias ordens jurídicas distintas no espaço, ou entre institutos semelhantes de ordenamentos diversos (comparação externa), ou entre institutos diferentes incluídos na mesma ordem jurídica (comparação interna), FRANCISCO CARNELUTTI sustenta que a identificação e o exame das qualidades comuns e distintas deve produzir um "modelo que sirva de termo de comparação para agrupar os objectos semelhantes e para eliminar do grupo os objectos diversos" (p. 75), denominado gênero, o qual se consubstancia em conceito internalizado numa idéia que opera através da imagem. Para ele, "a idéia é a substância em que se exprime a imagem ou o conceito, tal substância é o pensamento e o pensamento existe dentro e fora do homem" (p. 79). Patrocina que os fenômenos do direito são, em grande parte, idéias que contêm conceitos, afinal, uma norma, uma decisão ou um negócio, declarações de vontade que são, resultam de conceitos. Assim, quando por intermédio da comparação construímos um conceito, o perigo da "idealização de conceito sobre conceitos" é contornado quando, além do apego ao material escrito, "reencarnamos" os conceitos com as imagens tiradas da observação da realidade. Só a análise e a síntese reiterada dos conceitos é capaz de purificá-los e ordená-los. A integridade de cada conceito, expresso pela definição e revelado pela denominação, decorre da sua idoneidade para, em conjunto, formar um complexo simétrico (1940:75-81).

De regra, o direito comparado distingue-se da mera análise de direitos estrangeiros pela sua instrumentalização mediante método comparativo, e por resultar em síntese comparativa.

A comparação pressupõe o conhecimento de um sistema diverso daquele ao qual o pesquisador está vinculado¹⁵, o manejo de um método de trabalho maduro, sofisticado e altamente qualificado capaz de ensejar a adoção de novos pontos de vista¹⁶, o propósito de averiguar as afinidades e as diferenças existentes em dois ou mais ordenamentos, e de submeter os resultados encontrados a um estudo adicional de interesse mais técnico e científico que os distingam de um simples subproduto incidental decorrente de incursões espontâneas e intuitivas em textos legais com diversos locais de incidência.

Não integram o campo inter-sistemático do direito comparado, consoante se infere da ponderação destes limites, nem a denominada comparação interna, nem o simples estudo do direito estrangeiro, inclusive quando manipulado para aperfeiçoar a interpretação das normas internas, ou em atenção à remissão constante em norma de direito internacional privado (MENDES, 1982-3: 20).

VII Extensão e Objeto da Análise Comparada

14. O princípio metodológico básico que determina a escolha dos direitos a serem confrontados e o escopo da investigação do direito comparado é o da funcionalidade¹⁷. A investigação deve partir da análise

15 ALESSANDRO PIZZORUSSO lembra que "nel caso del diritto comparato la conoscenza dei vari ordinamenti costituisce il presupposto e la comparazione lo scopo principale" (1983:102).

16 KONRAD ZWEIGERT e HEIN KÖTZ assinalam que "the process of comparison at this stage involves adopting a new point of view from which to consider all the different solutions. The subjective report which sets out the law of particular jurisdiction will give a comprehensive portrayal of its legal solution to a practical problem, but it does so 'on its own terms', with its particular statutory rules or decisions, its characteristic conceptual form and in its systematic context: the significance of this has been brought out above" (1997:43-44).

17 Na mesma obra, KONRAD ZWEIGERT e HEIN KÖTZ destacam dois aspectos distintos do princípio da funcionalidade, um negativo e outro positivo: "in the negative aspect of the principle of functionality, that the comparatist must eradicate the preconceptions of his native legal systems; the positive aspects tells us which areas of the foreign legal system to investigate in order to find the analogue to the solutions which interests him" (1997:35).

dos conceitos ou teorias gerais para descer aos aspectos específicos das normas examinadas, abarcando a doutrina e a jurisprudência construída em torno da matéria, a fim de identificar semelhanças e dessemelhanças e o grau de efetividade no ordenamento (ALMEIDA, 1998:9).

As normas ou institutos comparáveis devem ser análogos e o confronto, mesmo que as similitudes decorram de processos políticos de imposição ou de assimilação de institutos jurídicos, deve viabilizar a visualização de uma categoria comum suscetível de ser examinada juridicamente.

15. O exame comparativo pode incidir sobre o conteúdo das normas, as formas de aplicação prática dos mandamentos, e sobre as técnicas comuns e especiais de sistematização¹⁸.

A investigação terá dimensão restrita ou ampla de acordo com a extensão do seu objeto¹⁹. No primeiro caso, fala-se de microcomparação como técnica de exame institucional comparativo de regras jurídicas dotadas de particularidades elementares, situadas em ordenamentos diferentes, com resultado essencialmente fragmentário, baseado em situações jurídicas, doutrinárias ou fáticas peculiares, e com objetivos limitados pela finalidade perseguida pelo investigador.

Nessa modalidade investigativa, o cotejo é singular. Abrange normas, princípios ou institutos comuns em ordenamentos diversos, exige conhecimentos genéricos e específicos sobre o objeto analisado e produz informações suscetíveis de serem utilizadas na prática, quer a nível acadêmico, quer no plano jurisdicional²⁰.

18 Para JOÃO CASTRO MENDES "comparam-se antes de mais direitos, no sentido de ordens jurídicas unitariamente sistematizadas – designadamente, ordens estaduais" (1982:3:11).

19 Na doutrina há referência à mesocomparação como método intermediário que congrega o exame das mais importantes instituições de um ramo do direito ou disciplina jurídica, para a qual é exigido do comparatista o conhecimento dos elementos determinantes das ordens jurídicas confrontadas e do grau de influência que os mesmos exercem nos ordenamentos comparados (CONSTANTINESCO 1983: 88).

20 O estudo microcomparativo pressupõe conhecimentos macroparativos.

Na segunda vertente, nos deparamos com a macrocomparação onde o confronto é dilatado, açambarca modelos, sistemas ou grupos de ordenamentos²¹, inclina-se a demonstrar as tendências que informam a experiência jurídica de grupos de países individualizados em categorias ou famílias, torna evidentes as estruturas dominantes que produzem as normas jurídicas, requer conhecimentos multidisciplinares e se presta a delinear os sistemas ou famílias mais relevantes e influentes²².

16. A comparação tem que ser atual e sincrônica, reportar-se à realidade vigente, e referir-se a "sistemas que coexistem em determinada época (comparação simultânea) ou em sistemas que pertencem a momentos diferentes em um ou mais de um país (comparação sucessiva)" (MIRANDA, 2006:244).

É o trabalho de comparação de institutos atuais e plenamente operantes, quer numa dimensão micro, quer num espectro macro, que confere maior destaque à atividade desenvolvida pelo pesquisador, até mesmo porque o exame de situações desenvolvidas no passado

21 Sustenta LEONTIN-JEAN CONSTANTINESCO que « plusieurs ordres juridiques peuvent appartenir, par leurs éléments déterminants, d'abord à la catégorie supérieure, c'est-à-dire au même Système juridique. Par ailleurs, dans le cadre du même Systeme juridique, certains ordres juridiques peuvent présenter des éléments communs, différents e secondaires par rapport, aux éléments déterminants, et former la catégorie intermédiaire des 'famillies juridiques'. Les 'familles juridiques' forment ainsi une catégorie intermédiaire entre l'orde et le Systeme juridique » (1983:84).

22 A preocupação com fórmulas de classificação dos sistemas jurídicos tem encetado o surgimento dos mais variados modelos. ARMINJOU, NOLDE e WOLF distinguiram sete famílias do direito correspondentes aos grupos francês, tedesco, escandinavo, russo, islâmico e hindu. RENÉ DAVID inicialmente individualizou seis sistemas, um ocidental dividido no grupo francês e no anglo-americano, no soviético, no muçulmano, no hindu e no chinês, posteriormente reduziu para três o número de famílias, a do *civil law*, a do *common law* e a do *soviet law* às quais adicionou alguns sistemas filosóficos e religiosos não considerados como famílias. ZWIGERT apontou oito sistemas, o romanístico, o germânico, o nórdico, o da *common law*, o socialista, o do extremo oriente, o islâmico e o hindu. MALMSTRÖM diferenciou um grupo ocidental ou euro-americano, integrado pelas famílias latino-americana, nórdica e do *common law*; um grupo socialista composto pelos direitos soviético, da democracia popular e da república chinesa; um conjunto que abraça os sistemas jurídicos da Ásia, e uma categoria que compreende os sistemas jurídicos das nações africanas. WIEACKER confronta o direito anglo-saxão ao continental e elenca como famílias do direito a romana, a "mitteleuropéia", a escandinava e a russa, tratando, em separado, como culturas jurídicas extra-européias, os sistemas chinês, indiano e islâmico. WIGMORE, tratando a questão sob uma perspectiva histórica, elencou dezesseis sistemas jurídicos: o egípcio, o mesopotâmico, o hebraico, o chinês, o hindu, o grego, o romano, o marítimo, o japonês, o celta, o germânico, o eslavo, o canônico ou da igreja, o românico e o anglicano. ADOLF SCHNITZER reuniu na sua classificação os ordenamentos passados e os atuais, categorizando-os em cinco grupos: o primeiro, abrange os direitos dos povos primitivos em geral; o segundo, alcança o direito dos povos mediterrâneos, especialmente das antigas civilizações egípcia, mesopotâmica e greco-romana; o terceiro, nomeado euro-americano, assimila os direitos da Europa, da América e da Austrália; o quarto, reúne os direitos religiosos envolvendo o Islam, o Brahmanismo e o Budismo; e a quinta categoria, relaciona os direitos dos povos afro-asiáticos.

dos conceitos ou teorias gerais para descer aos aspectos específicos das normas examinadas, abarcando a doutrina e a jurisprudência construída em torno da matéria, a fim de identificar semelhanças e dessemelhanças e o grau de efetividade no ordenamento (ALMEIDA, 1998:9).

As normas ou institutos comparáveis devem ser análogos e o confronto, mesmo que as similitudes decorram de processos políticos de imposição ou de assimilação de institutos jurídicos, deve viabilizar a visualização de uma categoria comum suscetível de ser examinada juridicamente.

15. O exame comparativo pode incidir sobre o conteúdo das normas, as formas de aplicação prática dos mandamentos, e sobre as técnicas comuns e especiais de sistematização¹⁸.

A investigação terá dimensão restrita ou ampla de acordo com a extensão do seu objeto¹⁹. No primeiro caso, fala-se de microcomparação como técnica de exame institucional comparativo de regras jurídicas dotadas de particularidades elementares, situadas em ordenamentos diferentes, com resultado essencialmente fragmentário, baseado em situações jurídicas, doutrinárias ou fáticas peculiares, e com objetivos limitados pela finalidade perseguida pelo investigador.

Nessa modalidade investigativa, o cotejo é singular. Abrange normas, princípios ou institutos comuns em ordenamentos diversos, exige conhecimentos genéricos e específicos sobre o objeto analisado e produz informações suscetíveis de serem utilizadas na prática, quer a nível acadêmico, quer no plano jurisdicional²⁰.

18 Para JOÃO CASTRO MENDES "comparam-se antes de mais direitos, no sentido de ordens jurídicas unitariamente sistematizadas – designadamente, ordens estaduais" (1982-3:11).

19 Na doutrina há referência à mesocomparação como método intermediário que congrega o exame das mais importantes instituições de um ramo do direito ou disciplina jurídica, para a qual é exigido do comparatista o conhecimento dos elementos determinantes das ordens jurídicas confrontadas e do grau de influência que os mesmos exercem nos ordenamentos comparados (CONSTANTINESCO 1983: 88).

20 O estudo microcomparativo pressupõe conhecimentos macroparativos.

Na segunda vertente, nos deparamos com a macrocomparação onde o confronto é dilatado, açambarca modelos, sistemas ou grupos de ordenamentos²¹, inclina-se a demonstrar as tendências que informam a experiência jurídica de grupos de países individualizados em categorias ou famílias, torna evidentes as estruturas dominantes que produzem as normas jurídicas, requer conhecimentos multidisciplinares e se presta a delinear os sistemas ou famílias mais relevantes e influentes²².

16. A comparação tem que ser atual e sincrônica, reportar-se à realidade vigente, e referir-se a "sistemas que coexistem em determinada época (comparação simultânea) ou em sistemas que pertencem a momentos diferentes em um ou mais de um país (comparação sucessiva)" (MIRANDA, 2006:244).

É o trabalho de comparação de institutos atuais e plenamente operantes, quer numa dimensão micro, quer num espectro macro, que confere maior destaque à atividade desenvolvida pelo pesquisador, até mesmo porque o exame de situações desenvolvidas no passado

21 Sustenta LEONTIN-JEAN CONSTANTINESCO que « plusieurs ordres juridiques peuvent appartenir, par leurs éléments déterminants, d'abord à la catégorie supérieure, c'est-à-dire au même Système juridique. Par ailleurs, dans le cadre du même Systeme juridique, certains ordres juridiques peuvent présenter des éléments communs, différents e secondaires par rapport, aux éléments déterminants, et former la catégorie intermédiaire des 'fammilles juridiques'. Les 'familles juridiques' forment ainsi une catégorie intermédiaire entre l'orde et le Systeme juridique » (1983:84).

22 A preocupação com fórmulas de classificação dos sistemas jurídicos tem encetado o surgimento dos mais variados modelos. ARMINJOU, NOLDE e WOLF distinguiram sete famílias do direito correspondentes aos grupos francês, tedesco, escandinavo, russo, islâmico e hindu. RENÉ DAVID inicialmente individualizou seis sistemas, um ocidental dividido no grupo francês e no anglo-americano, no soviético, no muçulmano, no hindu e no chinês, posteriormente reduziu para três o número de famílias, a do *civil law*, a do *common law* e a do *soviet law* às quais adicionou alguns sistemas filosóficos e religiosos não considerados como famílias. ZWEIGERT apontou oito sistemas, o romanístico, o germânico, o nórdico, o da *common law*, o socialista, o do extremo oriente, o islâmico e o hindu. MALMSTRÖM diferenciou um grupo ocidental ou euro-americano, integrado pelas famílias latino-americana, nórdica e do *common law*; um grupo socialista composto pelos direitos soviético, da democracia popular e da república chinesa; um conjunto que abraça os sistemas jurídicos da Ásia, e uma categoria que compreende os sistemas jurídicos das nações africanas. WIEACKER confronta o direito anglo-saxão ao continental e elenca como famílias do direito a romana, a "mitteleuropéia", a escandinava e a russa, tratando, em separado, como culturas jurídicas extra-européias, os sistemas chinês, indiano e islâmico. WIGMORE, tratando a questão sob uma perspectiva histórica, elenca dezesseis sistemas jurídicos: o egípcio, o mesopotâmico, o hebraico, o chinês, o hindu, o grego, o romano, o marítimo, o japonês, o celta, o germânico, o eslavo, o canônico ou da igreja, o românico e o anglicano. ADOLF SCHNITZER reuniu na sua classificação os ordenamentos passados e os atuais, categorizando-os em cinco grupos: o primeiro, abrange os direitos dos povos primitivos em geral; o segundo, alcança o direito dos povos mediterrâneos, especialmente das antigas civilizações egípcia, mesopotâmica e greco-romana; o terceiro, nomeado euro-americano, assimila os direitos da Europa, da América e da Austrália; o quarto, reúne os direitos religiosos envolvendo o Islam, o Brahmanismo e o Budismo; e a quinta categoria, relaciona os direitos dos povos afro-asiáticos.

tende a restringir-se ao confronto dos condicionamentos históricos dos ordenamentos, assumindo posição de mero estudo subsidiário dos fatores históricos que contribuíram para conformação e justificação dos institutos analisados²³.

VIII Investigação e Método Comparativo

17. O processo de investigação consubstancia atividade complexa que se decompõe em várias fases. A inicial comumente materializa-se na mera colheita das informações, desprovida de atos ativos de tratamento de dados, e desenvolve-se por meio da pesquisa bibliográfica e documental em bibliotecas públicas e particulares, em centros de investigação jurídica, em arquivos públicos e na rede mundial de computadores.

Os demais estágios envolvem a análise e a interpretação do material angariado, a revisão das informações obtidas e o estabelecimento de correlações entre os dados coletados, sendo recomendável a formação de uma base de dados organizada por temas, idéias, citações e referências bibliográficas, a ser continuamente atualizada e mantida íntegra até a derradeira revisão, e um arquivo de índices temáticos ou onomásticos que serão úteis na defesa da tese.

O sucesso da investigação científica pressupõe o delineamento prévio da metodologia a ser aplicada, a precisa colocação dos problemas cotejados, a abertura do investigador a outras possibilidades discursivas sobre o assunto examinado, a sua determinação quanto à certeza do resultado pretendido, o exame crítico do material coletado e a fundamentação sistemática das conclusões auferidas.

18. Quando a pesquisa envolve exame de direitos estrangeiros e manejo da comparação jurídico, a investigação pressupõe o recurso

23 CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA alude a um direito comparado imperfeito, incompleto ou implícito para designar "a expressão sucessiva de institutos comparáveis pertencentes a diversos ordenamentos desde que a sua descrição tenha subjacente critérios homogêneos de decomposição" (1998:12).

a uma ritualística composta por três momentos distintos, mas não necessariamente concatenados. Na fase inicial, denominada analítica, tem lugar a eleição dos sistemas ou institutos que serão objeto do exame e a decomposição dos elementos paramétricos a serem posicionados no quadro ou grelha comparativa.

Esta etapa envolve o conhecimento dos institutos, os quais serão apreciados separadamente com base nas fontes originais e nas suas particularidades sistêmicas, respeitando o idioma nativo e os métodos utilizados na própria ordem jurídica trabalhada, valorizando, na medida do possível, os modos de compreensão e aplicação das normas no contexto de incidência.

O segundo estágio é o da integração, que encerra o momento iterativo de compreensão dos institutos resultante da apreensão crítica dos elementos estruturais, históricos e matajurídicos selecionados, analisados mediante o manejo das fontes e métodos próprios dos sistemas confrontados.

A derradeira fase é a da síntese e compreende o momento comparativo propriamente dito, que congrega o resultado das assimilações e decomposições realizadas nas fases precedentes, revelado na identificação, exposição e explicação das similitudes e idiosincrasias apuradas.

19. Ao enveredar-se no estudo dos direitos estrangeiros, o pesquisador, além de se submeter a estas exigências técnicas indispensáveis ao aperfeiçoamento da síntese comparativa, deve seguir regras específicas a fim de validar cientificamente o seu trabalho.

Na interpretação dos institutos comparados deve: a) recorrer às fontes originais na língua nativa, observando toda sua complexidade; b) respeitar o modelo metodológico e as técnicas próprias do sistema a que pertencem²⁴; c) limitar-se a reportar e relatar, evitando posicionamentos

24 O comparatista deve abstrair-se da sua ordem jurídica, atendo-se ao máximo às fórmulas vigentes no sistema examinado para apreender o real sentido do objeto do seu estudo.

críticos pessoais sobre o instituto estrangeiro analisado; d) utilizar terminologia abrangente e clara capaz de evidenciar o real sentido das normas ou institutos nos sistemas confrontados; e, e) ter em mente que os elementos interpretativos das normas estrangeiras examinadas, ainda que tenham sido transportadas para outro sistema, não precedem sobre a interpretação dos mesmos institutos por juristas e tribunais nacionais²⁵.

IX Elaboração do Quadro ou Grelha Comparativa

20. Na elaboração do quadro comparativo podem integrar os elementos internos as concepções do direito que impregnam as normas de conduta ou instrumentais, o grau de generalidade do conjunto normativo, a estrutura e o funcionamento das instituições constitucionais, os modos de criação, expressão e interpretação das regras jurídicas, a organização judiciária e os processos de formação e atuação dos profissionais do direito.

Entre os aspectos externos podem figurar os elementos históricos, teleológicos, econômicos, sociais, culturais e etimológicos que inspiram as ordens jurídicas e a visão dominante sobre a posição dos indivíduos e das comunidades.

21. Na macrocomparação idealiza-se um quadro ou grelha onde são dispostos e entrecruzados, em planos distintos, os elementos essenciais ou estruturais dos sistemas examinados, os elementos metajurídicos que os influenciaram e os aspectos históricos da sua evolução.

Na microcomparação a aleatoriedade dos critérios de identificação dos institutos comparáveis nos sistemas jurídicos de interesse dificulta a escolha dos elementos comuns. A solução geralmente adotada é a opção pelo “critério da aproximação funcional”, segundo o qual serão

25 O que foi dito fora não vale, em absoluto, no interior do sistema receptor.

comparáveis “os institutos que, em ordens jurídicas diferentes, dão resposta jurídica a necessidades semelhantes, resolvendo o mesmo problema social, político ou econômico” (ALMEIDA, 1998:23), aparecendo como fator complementar importante o exame do enquadramento jurídico dos mesmos.

X Conclusões

22. No decorrer da pesquisa pudemos constatar que o incremento das relações jurídicas entre as sociedades não mais autoriza que a investigação científica, no campo do direito, ignore o exercício da comparação como mecanismo eficiente da apreensão global das formas de produção e reprodução das normas jurídicas nos diversos sistemas.

Visualizamos que o aumento da importância do direito comparado está fincado em razões de ordem econômica, política, sociocultural, sociopolítica e tecnológica, circunstâncias que denotam seu caráter interdisciplinar, impõem ao comparatista o compromisso de obter subsídios em várias fontes do conhecimento, mas, por figurarem como meios acessórios de identificação das mutações experimentadas pelos ordenamentos, não têm o condão de motivar a utilização de técnicas próprias de outras áreas do conhecimento com a finalidade de suplantar ou suprimir o método jurídico de comparação.

23. Inferimos que a formação de blocos políticos e econômicos tem alterado o traçado das relações entre Estados, deflagrado o confronto entre diferentes famílias do direito, e afetado a estrutura jurídica internacional ao estabilizar o fenômeno da internacionalização dos conceitos jurídicos, influenciando diretamente o estudo científico dos sistemas jurídicos e posicionando o direito comparado como meio relevante na estabilização dos processos de integração regional, mormente no que tange à identificação das similitudes e divergências

nas fórmulas, pretéritas ou contemporâneas, de regulação das questões comumente vivenciadas pelos ordenamentos em aproximação.

A comparação jurídica, nesse cenário, além de atender a um interesse científico e constituir eficaz mecanismo de política legislativa, consolida-se como via de coordenação e harmonização das regras uniformizadas, de materialização do fenômeno da recepção legislativa, de compreensão da política jurídica dos países, de análise do dinamismo legislativo, de identificação das correntes reformadoras em ação no plano internacional e de concretização da cooperação jurídica internacional.

O desenvolvimento do trabalho comparativo exige a adoção de medidas capazes de validar a investigação, incumbindo ao investigador considerar os Diretos em sua totalidade, aplicar o método jurídico de análise comparativa, ocupar-se de normas e institutos contemporâneos utilizando os elementos históricos de forma secundária, enaltecer, na análise dos sentidos das normas, o entendimento pacificado pelos tribunais e pela doutrina, restringindo-se a emitir juízos de realidade em substituição aos de valor, e, independentemente do caminho eleito, nortear-se fundamentalmente na demonstração dos elementos de aproximação e de distanciamento de normas posicionadas em sistemas diversos.

24 Verificamos que a atividade comparativa pressupõe o manejo de um método de trabalho maduro, sofisticado e altamente qualificado, capaz de ensejar a adoção de novos pontos de vista e a exposição dos resultados encontrados a um estudo adicional de interesse mais técnico e científico que os diferencie de um simples subproduto incidental decorrente de incursões espontâneas e intuitivas em textos legais.

Constatamos que o princípio metodológico básico que determina a escolha dos direitos a serem confrontados e o escopo da investigação

do direito comparado é o da funcionalidade, e que o exame comparativo pode incidir sobre o conteúdo das normas, as formas de aplicação prática dos mandamentos, e sobre as técnicas comuns e especiais de sistematização.

A comparação tem que ser atual e sincrônica, reportar-se à realidade vigente e referir-se a sistemas que coexistam em determinada época ou que pertençam a momentos diferentes em um ou mais de um país. Em qualquer hipótese, é indispensável o manejo de uma ritualística integrada por três fases: uma analítica, quando tem lugar a eleição dos sistemas ou institutos a serem confrontados e a decomposição dos elementos paramétricos que serão posicionados no quadro ou grelha comparativa; outra interativa, de compreensão dos institutos; e uma conclusiva, materializada na síntese comparativa.

24. Concluímos, finalmente, que o investigador ao interpretar os institutos comparados deve recorrer às fontes originais na língua nativa observando toda complexidade do sistema de fontes, respeitar o modelo metodológico e as técnicas próprias do sistema a que os institutos pertencem, limitar-se a reportar e relatar, evitando posicionamentos críticos pessoais, utilizar terminologia abrangente e clara, e ter em mente que os elementos interpretativos das normas estrangeiras, ainda que tenham sido transportadas para outro sistema, não precedem sobre a interpretação dos mesmos institutos por juristas e tribunais nacionais.

The Juridical Investigation and the Resource to the Foreign Rights and the Comparasion

Abstract

The speech on the particularities of the comparative method, the decisive causes and the convenience of the resource to the exam of the foreign rights and the juridical comparison in elapsing of a scientific investigation, in our days, is revealed as indispensable element for the success of any work that intends to make possible answers to the researcher's hesitations and to constitute object for future researches. The knowledge of the

foreign right checks to the researcher opportunity to appreciate new normative possibilities and to form a complete vision of the juridical phenomenon, as well as to identify the fundamental concepts on the ones which the systems or certain institutes, contained or no, they are found.

Key-words: Comparative. Method. Juridical comparison.

XI Referências

AGOSTINI, Eric. **Direito Comparado**. Tradução de Fernando Couto. Porto: RÉ-S-Editora, 198-?.

ALMEIDA, Carlos Ferreira e FONTES, José Allen. **Direito Comparado: Textos de Apoio Pedagógico II**. Ano Lectivo de 1993/1994. Lisboa: Associação Academia da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. **Introdução ao Direito Comparado**. Coimbra: Almedina, 1998.

ANCEL, Marc. **Utilité et Methodes du Droit Comparé: Eléments d'introductions générale à l'étude comparative des droits**. Neuchâtel: Éditions Ides et Calendes, 1971.

BOGDAN, Michael. **Comparative Law**. Gotebörg: Norstedts Juridik, 1994.

CARNELUTTI, Francisco. **Metodologia do Direito**. Tradução de Luiz Câmara Pinto Coelho. Lisboa: Esc. Tipografica das Oficinas de S. José, 1940.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Elogio da Comparação dos Direitos**. Prefácio a AGOSTINI, Eric. **Direito Comparado**. Porto: RÉ-S-Editora, pp. 5-8, 198-?.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado: Introdução**. Teoria e Metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ECO, Umberto. **Como se faz uma Tese**. São Paulo: Perspectiva, tradução de Gilson César Cardoso de Souza, 1998.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Metodologia, docencia e investigación jurídicas**. México: Porruá, 1996.

GAMBARO, Antonio. I Problemi Generali Della Comparazione. In: SACCO, Rodolfo (Org.). **Che Cos'è il diritto comparato**. Millano: Giuffrè, pp. 3-21, 1992.

CONSTANTINESCO, Leóntin-Jean. **Traité de Droit Comparé**. Paris: LGDJ, vol. I, 1972.

_____. **Traité de Droit Comparé**. Paris: Economica, 1983. Tome III – La science des droits comparés.

MIRANDA, Jorge. Sobre Direito Constitucional Comparado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 14, n. 55, p. 243-260, abr./jun. 2006.

MENDES, João de Castro. **Direito Comparado**. Lisboa: Associação Acadêmia Lisboa, 1982-3.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. A Crescente Importância do Direito Comparado. **Revista Brasileira de Direito Comparado** (Publicação semestral do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro). Rio de Janeiro: Dinigraf, n. 19, p. 155-188, 2º semestre de 2000 (publicação de 2001).

ZWEIGERT, Konrad, e KÖTZ, Hein. **Introduction to Comparative Law**. Tradução de Tony Weir. Oxford: Clarindon Press, 1997.

Referência deste artigo

MENDONÇA, José Júnior Florentino dos Santos. A investigação jurídica e o recurso aos direitos estrangeiros e à comparação. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 293-313, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital

José de Oliveira Ascensão

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa

Resumo

As restrições aos direitos autorais não são exceções, são limites ao exclusivo que concedem, tão normais como as regras de atribuição. Compatibilizam o exclusivo, que em si contraria o princípio geral da liberdade, com os interesses gerais, seja do Estado, da comunidade, do público em geral e até dos próprios autores. Os limites não são apenas os especificamente enunciados: há ainda os limites extrínsecos, que resultam da indeclinável congruência do Direito Autoral com os restantes ramos da ordem jurídica. Entre

estes estão em primeira linha as grandes liberdades constitucionais e os direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e de informação e o acesso à cultura, ao ensino e à pesquisa científica. Indicam-se conseqüentemente várias manifestações desta conciliação no ambiente digital.

Palavras-chave: Direito autoral. Limites extrínsecos. Informática. Direitos fundamentais.

2 Os limites intrínsecos

Os limites podem ser intrínsecos ou extrínsecos.

Limites intrínsecos são os compreendidos na própria disciplina do direito de autor.

Limites extrínsecos são os resultantes do necessário confronto do Direito de Autor com os restantes ramos do Direito.

Começando pelos limites intrínsecos, vemos que as legislações os enquadram fundamentalmente de dois modos:

- ou estabelecendo uma cláusula geral, a partir da qual se determinam as restrições admitidas
- ou apresentando um elenco dessas restrições admitidas.

O recurso à cláusula geral é paradigmaticamente próprio do Direito norte-americano, com a sujeição ao *fair use*³. Tem a grande vantagem da maleabilidade, permitindo a adaptação ao rápido evoluir das circunstâncias que caracteriza os tempos atuais. Pelo contrário, tem a desvantagem de ser de aplicação mais insegura, dificultando a previsibilidade da solução pelas partes.

O enunciado de uma lista de restrições admitidas é próprio dos países de Direito romanístico. Mas o elenco pode ser mais ou menos aberto, pois vai de uma enumeração exemplificativa até à listagem exaustiva.

A lei brasileira é particularmente rígida nas suas previsões. Por exemplo, o art. 46 II da Lei dos Direitos Autorais apenas admite “a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro”. Não se poderia ser mais somático.

³ Cfr. o nosso: O “fair use” no Direito Autoral. *Revista da ABPI – XXII* Seminário Nacional de Propriedade Intelectual. Anais, 2002, p. 94-101; in *Revista Forense*, n.365, p.73-83, jan./fev. 2003; e *DIREITO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO*. Coimbra: APDI/Coimbra Editora, 2003. v. IV, p.89-106

O sistema perde assim capacidade de adaptação a circunstâncias novas, ficando necessariamente desfasado. Não corresponde sequer à evolução das fontes internacionais. Seja o caso da limitação a “pequenos trechos”, que surge neste preceito, bem como no inc. VII, em que se autoriza “a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes...”. Ainda, e mais clamorosamente, o inciso III só permite a “citação de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polémica...”. Portanto, há um acento sempre restritivo. Porém, a Convenção de Berna, que compreendia no art. 10/1 a limitação da citação a “pequenos trechos”, foi alterada na Conferência de Estocolmo de 1967, por se ter considerado que a citação deveria ter a limitação finalística do objetivo da citação e não o limite mecânico da dimensão do trecho. Pois em contrarrente, a LDA de 1997 introduz no Direito brasileiro a limitação a pequenos trechos ou apenas a “passagens” de qualquer obra!

As limitações não ficam por aqui. No inc. VIII, por exemplo, restringe-se suplementarmente a utilização dos “pequenos trechos” em obra nova às circunstâncias de:

- a reprodução não ser o objetivo principal da obra nova
- não prejudicar a exploração normal da obra reproduzida
- não causar um prejuízo injustificado aos interesses legítimos dos autores.

As duas últimas restrições são retiradas da chamada *regra dos três passos*. Voltaremos adiante ao tema. Exigem uma interpretação cuidadosa para não conduzirem a uma restrição intolerável de atividades normais e socialmente necessárias.

A reformulação das restrições ao direito autoral tem sido objeto de debate nos meios brasileiros especializados. Permitimo-nos porém considerar que as propostas apresentadas têm sido em geral tímidas, perante a dimensão do problema.

2 Os limites intrínsecos

Os limites podem ser intrínsecos ou extrínsecos.

Limites intrínsecos são os compreendidos na própria disciplina do direito de autor.

Limites extrínsecos são os resultantes do necessário confronto do Direito de Autor com os restantes ramos do Direito.

Começando pelos limites intrínsecos, vemos que as legislações os enquadram fundamentalmente de dois modos:

- ou estabelecendo uma cláusula geral, a partir da qual se determinam as restrições admitidas
- ou apresentando um elenco dessas restrições admitidas.

O recurso à cláusula geral é paradigmaticamente próprio do Direito norte-americano, com a sujeição ao *fair use*³. Tem a grande vantagem da maleabilidade, permitindo a adaptação ao rápido evoluir das circunstâncias que caracteriza os tempos atuais. Pelo contrário, tem a desvantagem de ser de aplicação mais insegura, dificultando a previsibilidade da solução pelas partes.

O enunciado de uma lista de restrições admitidas é próprio dos países de Direito romanístico. Mas o elenco pode ser mais ou menos aberto, pois vai de uma enumeração exemplificativa até à listagem exaustiva.

A lei brasileira é particularmente rígida nas suas previsões. Por exemplo, o art. 46 II da Lei dos Direitos Autorais apenas admite “a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro”. Não se poderia ser mais somítico.

³ Cfr. o nosso: O “fair use” no Direito Autoral. *Revista da ABPI – XXII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual*. Anais. 2002, p. 94-101; in *Revista Forense*, n.365, p.73-83, jan./fev. 2003; e *DIREITO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO*. Coimbra: APDI/Coimbra Editora, 2003. v. IV, p.89-106

O sistema perde assim capacidade de adaptação a circunstâncias novas, ficando necessariamente desfasado. Não corresponde sequer à evolução das fontes internacionais. Seja o caso da limitação a “pequenos trechos”, que surge neste preceito, bem como no inc. VII, em que se autoriza “a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes...”. Ainda, e mais clamorosamente, o inciso III só permite a “citação de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polémica...”. Portanto, há um acento sempre restritivo. Porém, a Convenção de Berna, que compreendia no art. 10/1 a limitação da citação a “pequenos trechos”, foi alterada na Conferência de Estocolmo de 1967, por se ter considerado que a citação deveria ter a limitação finalística do objetivo da citação e não o limite mecânico da dimensão do trecho. Pois em contracorrente, a LDA de 1997 introduz no Direito brasileiro a limitação a pequenos trechos ou apenas a “passagens” de qualquer obra!

As limitações não ficam por aqui. No inc. VIII, por exemplo, restringe-se suplementarmente a utilização dos “pequenos trechos” em obra nova às circunstâncias de:

- a reprodução não ser o objetivo principal da obra nova
- não prejudicar a exploração normal da obra reproduzida
- não causar um prejuízo injustificado aos interesses legítimos dos autores.

As duas últimas restrições são retiradas da chamada *regra dos três passos*. Voltaremos adiante ao tema. Exigem uma interpretação cuidadosa para não conduzirem a uma restrição intolerável de atividades normais e socialmente necessárias.

A reformulação das restrições ao direito autoral tem sido objeto de debate nos meios brasileiros especializados. Permitimo-nos porém considerar que as propostas apresentadas têm sido em geral tímidas, perante a dimensão do problema.

3 Os limites extrínsecos

O direito de autor não tem apenas limites intrínsecos. Há necessariamente que contar com os limites extrínsecos, que a doutrina autoralística dominante ignora.

Podemos afirmar que é uma constante em matéria autoral que, sempre que os limites intrínsecos não traduzem devidamente a necessária conciliação de interesses privados e coletivos, entram em ação limites extrínsecos para superar aquela incongruência.

Para introduzir à compreensão dos limites extrínsecos retomamos aquela observação banal, mas que ilustra a distorção que é freqüente na prática deste setor: **o Direito Autoral é um ramo do Direito como qualquer outro**. Não é uma anomalia ou figura ímpar.

O Direito Autoral é parte do conjunto. Forma uma ordem com os outros ramos. Tem por isso de se conciliar com eles, para que esse conjunto funcione e atinja os seus fins de ordenação justa com o mínimo de contradições internas.

A análise anterior revelou que a disciplina do Direito Autoral está desequilibrada, em consequência de uma evolução desfavorável. Talvez por ter sido apoderado por representantes de interesses setoriais, tornou-se um direito de classe, restritivo da concorrência, alheio ao interesse público ou coletivo.

Mas nenhum ramo do Direito pode fugir a ser uma peça dum sistema. Mesmo que sustentado por previsão constitucional, não deixa de ficar colocado em posição paralela a muitos outros ramos do Direito, como o Direito do Consumidor, que beneficiam de garantia constitucional mas não estão isentos de conciliação no sistema global. Ou o Direito da Concorrência, o Direito do Trabalho e assim por diante.

Observe-se aliás que a previsão constitucional do Direito Autoral não impede, antes implica, que o Direito Autoral fique subordinado aos princípios constitucionais comuns. Pensamos particularmente no princípio da **função social** da propriedade. Temos acentuado que a Constituição brasileira é aquela, a nosso conhecimento, que mais vastamente acolhe o princípio da função social. Generaliza-o a todos os direitos, porque propriedade no sentido constitucional é todo o direito patrimonial adquirido. O direito autoral desempenha assim necessariamente uma função social, como qualquer outro direito. Por isso, se a disciplina autoral desconhecer a função social do direito, é inconstitucional⁴.

Mais ainda: o direito autoral está hierarquicamente em posição inferior a outras categorias, como os direitos fundamentais básicos e as grandes liberdades constitucionais. Tem a sua justificação intrínseca, mas os outros ramos também a têm. Há que conciliar, sacrificando reciprocamente o necessário. Não por esmagamento ou prevalência radical de um ramo sobre os outros mas por conciliação, como dissemos, procurando salvaguardar o essencial de cada ramo, buscando a medida máxima de satisfação de todos e a imposição do mínimo de sacrifício correspondente.

A lei ordinária não procedeu a este trabalho – embora pudesse, em vasta medida, tê-lo feito. Mas as grandes categorias constitucionais impõem-se por si, horizontalmente. É então função essencial do intérprete procurar a solução dos conflitos que a lei deixou em aberto.

Seria muito bom que a própria lei ressaltasse a sujeição do direito autoral também a limites extrínsecos, para o que bastaria colocar um “sem prejuízo...” ao ditar o elenco dos limites intrínsecos no art. 46. Mas

⁴ Cfr. o nosso: Princípios constitucionais do Direito de Autor. **Argumentum – Revista Científica da Faculdade Marista**, Recife, v. 1, p. 9-41, 2005.; e REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL, ESDC, São Paulo, n. 7, p. 429-442, jan./jun. 2005. Veja-se também o nosso: A função social do direito autoral e as limitações legais. In: DIREITO da propriedade intelectual – Estudos em homenagem ao Prof. Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006, p. 85-111.

não é pelo fato de o não ter feito que o aplicador da lei se pode eximir do dever de traduzir na aplicação da lei as grandes diretrizes da ordem jurídica.

De entre todas as conciliações que é necessário efetuar, acentuamos muito particularmente o que respeita às grandes liberdades fundamentais.

O Brasil tem, entranhada até na índole do seu povo, a vivência do princípio da liberdade. É um princípio que há que amparar nas suas implicações, para que possa conduzir verdadeiramente ao desenvolvimento humano, individual e coletivo.

A Constituição coloca assim em lugar de relevo essas grandes liberdades, logo no proscênio do art. 5, como a liberdade de consciência e de crença, a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de expressão... Mas vai mais longe e assegura aspectos mais concretos, como a liberdade de acesso à informação (art. 5 XIV).

Estes grandes princípios têm depois novos afloramentos em capítulo epigrafado “Da educação, da cultura e do desporto”. O art. 205 declara a educação direito de todos e dever do Estado e da família. O art. 206 prevê a liberdade de ensinar e a garantia do padrão de qualidade do ensino. O art. 214 põe como um objetivo a promoção humanística, científica e tecnológica do país.

Na seção dedicada à cultura, o art. 215 prevê que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional e incentivará a difusão das manifestações culturais.

O art. 216 prevê que a lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

Este rápido esboço de orientações constitucionais não se destina a apresentar um sistema completo da relevância constitucional dos valores ligados ao ensino e à cultura, mas unicamente a ilustrar através de

menções particularmente significativas a importância que esta matéria reveste e o caráter injuntivo destas previsões.

Perante este quadro, é pobre a argumentação tantas vezes repetida, que só invoca o fomento da cultura para concluir fatalmente pela necessidade de reforçar a proteção do direito autoral – como se esta fosse a via única de satisfazer tal desiderato.

Não é assim. O direito autoral é uma peça em tal empreendimento. Como tal, tem a sua própria justificação e a Constituição reconhece o seu significado. Mas o direito autoral, como exclusivo, importa simultaneamente conseqüências negativas no que respeita à difusão do ensino e dos valores culturais. Então, é necessário um paciente trabalho de conciliação e ajustamento dos diversos princípios constitucionais, para que a preocupação protecionista unilateral não sufoque afinal a finalidade de serviço da cultura com que se procura justamente justificar o direito autoral. É necessário pesquisar criteriosamente as formas, porventura inovadoras, de conciliar o direito autoral com os direitos fundamentais, e com isso com o interesse coletivo e o interesse público em geral. E não nos aferrarmos a modelos ultrapassados de exploração de obras intelectuais que se arriscam a ser suicidas, porque só podem levar à conclusão da intolerabilidade dum sistema de direito autoral que leve a postergar valores coletivos mais altos.

A conciliação a fazer tem como meta o ponto máximo de equilíbrio das exigências de proteção da criatividade com os valores constitucionais, que hierarquicamente devem ser considerados prevalentes. Estarão neste caso em primeiro plano as liberdades de acesso ao ensino, à educação, à informação e à cultura, todas constitucionalmente tuteladas.

Manifesta-se assim o princípio que enunciamos: o ajustamento não se faz pela liquidação de uns ramos perante outros que devam ser considerados superiores, mas pela formulação de critérios que os salvaguardem a todos, dentro da necessária hierarquização dos valores que re-

presentem. No nível constitucional, o espírito de harmonização permite encontrar os entendimentos que fixem a projeção correta de regras e princípios.

Pode porém acontecer que a lei ordinária não se conforme a estes critérios e contenha normas (no domínio do Direito de Autor, para o que nos ocupa) que contrariem o equilíbrio constitucional. É em casos como este que o limite extrínseco se tem de considerar prevalente.

4 A regra dos três passos

Na referida Conferência Diplomática de 1967, em Estocolmo, que reviu a Convenção de Berna, foi introduzido nesta o direito de reprodução, até então omissis.

Mas a introdução deste direito implicava a adoção das restrições que se considerassem adequadas. Representava uma grande questão, pois implicaria encontrar fórmulas que conjugassem o sistema de *common law* com o sistema romanístico.

A dificuldade foi resolvida com uma proposta do Reino Unido, unanimemente adotada quase sem discussão. É hoje o art. 9/2 da Convenção: “Fica reservada às legislações dos países da União a faculdade de permitirem a reprodução das referidas obras, em certos casos especiais, desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal das obras nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor”.

Aqui reside a gênese da regra ou teste dos três passos. As limitações ao direito de reprodução são admitidas desde que satisfaçam estas três exigências. Estabelecem-se com isto critérios formais, pois não se indica qual o conteúdo das restrições admitidas. Mas era forçoso proceder assim para se conseguir um critério que harmonizasse os sistemas jurídicos em presença.

A fórmula veio anos depois a ser acolhida no APDIC / TRIPS (1994), art. 13, com referência ao direito de autor e aos direitos conexos. Com uma diferença, porém: não se limita ao direito de reprodução. Estende-se a todos os direitos exclusivos outorgados nos termos do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Passou a ser uma cláusula universal, que vincula todos os países membros da Organização Mundial do Comércio⁵.

A regra dos três passos suscita muitos problemas, que apenas podemos referir perfunctoriamente. Perguntar-se-á se é dirigida ao legislador ou ao juiz. A Convenção de Berna era categórica: “Fica reservada às legislações...”. O mesmo já não resulta textualmente do ADPIC, mas pelo menos para os países de sistema romanístico parece ser o entendimento que se impõe.

A primeira peneira está na limitação a “casos especiais”. Aparentemente é contraditória nos países de sistema romanístico, pois se há um elenco de casos esses são já por si casos especiais. Para salvar o texto convencional haverá que entender que se vedam restrições de caráter universal, que excluíssem totalmente alguma das grandes faculdades atribuídas por lei, como os direitos de reprodução, transformação, distribuição e comunicação ao público.

As grandes questões estão porém nas duas outras restrições. Por elas se insere nas ordens jurídicas romanísticas um critério que é recebido nos Estados Unidos da América como uma das vertentes do *fair use*, mas que não tinha significado autônomo no sistema romanístico: a relevância do prejuízo.

A lei brasileira não faz referência à limitação a “casos especiais”, mas devemos considerá-la implicitamente admitida. Prevê os outros dois critérios em vários lugares, mas particularmente no art. 46 VIII,

⁵ A mesma fórmula foi igualmente acolhida nos tratados da OMPI de 1996: art. 10/2 do Tratado sobre o Direito de Autor e art. 16/2 do Tratado sobre Interpretações e Execuções e Fonogramas. Tem também afloramentos na “Propriedade Industrial”: cfr. no próprio ADPIC os arts. 17, 26/2 e 30. Observe-se que neste último instrumento se acrescenta: “tendo em conta os legítimos interesses de terceiros”, o que é bem justificado.

limitando o direito de reprodução de pequenos trechos de obras alheias em quaisquer obras. Daqui resulta que a lei brasileira só exprime a situação resultante da Convenção de Berna e ainda não estendeu a regra dos três passos, ou algum dos fatores desta, a outras modalidades de exercício dos direitos, fora do direito de reprodução.

Mas regressando à regra dos três passos, qual a índole desta? Levamos-a a considerar os limites excepcionais, ou pelo menos a impor uma interpretação restritiva destes?

Assim se pretendeu, chegando-se a entendimentos empolados que minimizam as restrições, esquecendo que estas são o instrumento estratégico que permite conciliar interesse privado e interesses coletivos no domínio do Direito Autoral.

Atualmente manifesta-se porém uma reação, no sentido de infletir para uma moderação que traduz muito mais a história e os objetivos daquele teste.

Não vamos ao ponto de considerar que a regra dos três passos não é restritiva mas ampliativa do espaço de liberdade: já assim se pretendeu⁶, mas sem nenhum apoio no texto nem na justificação racional deste. Importante é porém notar que a finalidade do teste não é reduzir ao mínimo o âmbito dos limites, através por exemplo de um controlo judicial da aplicação em concreto ou da outorga aos limites legais de um caráter restritivo ou excepcional.

Efetivamente, os limites são conteúdo de regras tão normais como as restantes. Isso foi recentemente acentuado num documento da maior importância por ser assinado pela maior parte dos melhores autoristas europeus, como Christophe Geiger, Reto Hilty e Jonathan Griffiths: *A Declaração sobre o "Teste dos Três Passos" do Direito de Autor*, de 2008⁷.

6 Cfr. PEREIRA, Alexandre Dias. *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*. [S.l.]: Almedina, 2008. O autor encara sempre o teste dos três passos como tendo sentido ampliativo da liberdade de utilização, quando o seu sentido é antes de mais, qualquer que seja a interpretação correta, o de restringir suplementarmente os limites admissíveis.

7 Há uma versão em português, por tradução do Inglês de Edson Beas Rodrigues Júnior e com revisão de Denis

A Declaração acentua a necessidade de equilíbrio do interesse privado e dos interesses coletivos, como os referentes à educação, pesquisa e acesso à informação; e demonstra que nada no próprio teste impõe que a interpretação e aplicação deste se faça de modo que restrinja drasticamente os limites que são estabelecidos. São termos que não podem deixar de ser acolhidos com entusiasmo por pesquisadores universitários e estudiosos não comprometidos com interesses setoriais neste domínio. Só os limites permitem satisfazer os interesses gerais e os interesses de terceiros; bem como os interesses do próprio criador, que ficam hoje subordinados na prática aos titulares dos direitos de exploração econômica das obras.

5 A justificação dos "limites dos limites" constantes da lei brasileira

De fato, quando passamos a examinar os "limites dos limites"⁸, constantes do art. 46 VIII LDA, encontramos para todos uma justificação atendível. Já falamos do que respeita a referência (omitida na lei brasileira) aos "casos especiais". Vejamos as outras duas. Mas precedemo-las pela restrição nova que aquele mesmo preceito trouxe.

1- A reprodução não constituir o motivo principal da obra nova

Este "limite do limite" não consta, se não erramos, de nenhum texto internacional. Mas não parece despropositado. Se se faz uma obra cujo objetivo principal é a reprodução de obra preexistente, haverá pelo menos uma presunção de se estar a aproveitar a obra preexistente, em vez de integrá-la com outras em obra nova. Não parece assim que o

Borges Barbosa e Fabiola Zibetti.

8 Veja-se o nosso: Os limites dos limites. A tensão entre os limites do direito e as medidas tecnológicas e outras relativas à informação para a gestão dos direitos. In: LOS LÍMITES del Derecho de Autor. [S.l.]: AISGE/ REUS, 2006. p. 83-108.

legislador ordinário tenha com esta limitação adicional exorbitado do seu poder de conformação dos princípios constitucionais.

II – A reprodução não prejudicar a exploração normal da obra reproduzida

A segunda e a terceira restrições adicionais são retiradas do art. 9/2 da Convenção de Berna. Como vimos, este restringe os limites do direito de reprodução a casos em que a reprodução não prejudique a exploração normal da obra nem cause um prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor. O inc. VIII acolhe estes dois requisitos.

Atendendo à fonte da inspiração, as restrições têm uma base forte de sustentação. Mas é necessário entender bem qual o conteúdo respetivo.

Insistimos na necessidade de evitar entendimentos exacerbados da regra dos três passos, que não estão de acordo nem com a gênese nem com a *ratio* da fórmula. Sobretudo, é necessário não partir do princípio que qualquer permissão da livre utilização duma obra é tendencialmente de rejeitar, porque se presumiria que contraria o aproveitamento da obra pelo autor ou cerceia interesses legítimos deste.

Vejamos. Quando é que a utilização em livro didático *contraria a exploração normal da obra?*

O próprio texto o diz. Não é o contrariar a exploração pelo fato de não se pagar. Isso não é prejuízo, será um lucro eventual não compreendido no exclusivo. Contraria o aproveitamento normal, sim, quando a utilização feita no livro didático for de tal amplitude que faça perder o interesse do público pela aquisição de exemplares da obra. Isso só acontecerá quando a disponibilidade do próprio livro didático leve a dispensar na totalidade ou em parte significativa a ulterior aquisição da obra do autor.

Este efeito é praticamente marginal. Para tirar interesse a uma obra preexistente seria necessário um reaproveitamento tão extenso e exaustivo que a obra nova se tornasse uma espécie de breviário da obra anterior. Não teria sentido, nem seria justificado pelas razões que sustentam este tipo de aproveitamento, que nunca podem ser de parasitismo da obra alheia. O que é normal é aliás exatamente o contrário: as referências feitas a obra precedente e as reproduções incluídas despertam o interesse pela obra, levando o usuário a procurar depois essa obra ou outras do mesmo autor ou aconselhá-las. A inclusão de um trecho alheio em nova obra não esmaga a obra antiga, antes a leva ao conhecimento do público. Por isso também é normalmente tão grato aos autores, em termos culturais e humanos, ver seu nome e os seus trechos referidos ou incluídos.

III – A reprodução não causar um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores

Deste trecho de modo algum se retira que a reprodução traga intrinsecamente um prejuízo ao autor – ou, para ser mais preciso, um lucro cessante. E mais do que isso: admite-se expressamente a reprodução que traga prejuízo, desde que esse prejuízo não seja injustificado.

Isto leva-nos a outra temática, que também se poderia aliás suscitar perante o limite anterior. Qual a dimensão da obra que possa ser incluída? Vamos deixar entre parênteses a interpretação da expressão “pequenos trechos”, que será objeto de apreciação ulterior, e colocar a pergunta em geral.

Esta é frequentemente versada como referente a questão de quantidade. Mas assim cai-se em dificuldades insolúveis, visto não haver critério que permita medir a extensão do que se pode ainda incluir e a daquilo que ultrapassa já essa fronteira.

Isto demonstra que o elemento finalístico é afinal o decisivo como critério da admissibilidade. Não vale a extensão por si, interessa é a justificação da utilização que se faz.

Confirma-se também o paralelismo grande com o que encontramos no domínio da citação. De fato, no que respeita a uma citação, não importa que ela seja curta ou longa: interessa que seja citação. O conceito de citação não é fácil de formular e tende-se para uma utilização ampla: é assim que se considera ainda citação uma coletânea de transcrições sobre um tema dado. Mas a citação tem de ser sempre citação, porque deve satisfazer um critério finalístico: deve ser “conforme os bons costumes e na medida justificada pelo fim a atingir”, como se estabelece hoje no art. 10/1 da Convenção de Berna.

Esse fim pode exigir a transcrição integral da obra alheia. Numa polémica entre dois autores, pode ser necessário transcrever toda a obra criticada. Um crítico literário pode ter de reproduzir a poesia que analisa. Um cientista pode ter de retomar todo um escrito alheio para apresentar os resultados de pesquisa própria sobre o mesmo tema. Que a obra seja usada toda ou em fração, é irrelevante.

Fica de fora a má fé. Se o fim prosseguido não justificar a transcrição e esta representar o modo encapotado de apropriação de obra alheia, não há que pretender nenhuma tolerância. A citação defende o diálogo e a cultura, não o parasitismo. Mas o critério finalístico permite justamente distinguir o trigo do joio.

Pois o mesmo se passa no que respeita à matéria compreendida no inc. VIII. Afastada a limitação a “pequenos trechos” ou “passagens” (passos) de obras preexistentes, porque incompatível com a ordem constitucional, a medida da utilização é dada pelo fim a atingir. Vale a limitação finalístico-valorativa constante no inc. III, aqui aplicável por uma inteira analogia de situações.

6 O ambiente digital

Coloquemos agora a questão perante o ambiente digital.

A informática revolucionou o modo de vida, a começar pelas telecomunicações. Altera progressivamente as próprias estruturas institucionais estabelecidas. Perante mudanças tão grandes, era de supor que originasse também uma verdadeira revolução nos quadros jurídicos.

Sabe-se porém que historicamente não se passou assim. A pretensão oportunística de conseguir que os bens e o tráfego informático ficassem automaticamente abrangidos pelo sistema de Direito Autoral existente travou esse movimento.

Mas a realidade acabou por se impor – a informática exigia um Direito próprio. Iniciou-se assim um amplo movimento de adaptação e reforma, que nos nossos dias continua em pleno curso. Está-se porém ainda longe de se chegar a uma situação equilibrada e estável.

O Brasil encontra-se ainda num estágio legislativo inicial. Há setores regulados, como a tutela dos programas de computador e, mais incipientemente, a das bases de dados eletrônicas. Progride-se na disciplina do documento eletrônico, da assinatura digital e da certificação, bem como noutros setores. Atualmente, a criminalidade eletrônica suscita as atenções. Mas há grandes lacunas, como a da disciplina do comércio eletrônico. Projetos que se arrastam nas Câmaras há mais de 10 anos estão ainda longe de chegar à consagração.

Mas não nos cabe demorar sobre aspectos setoriais. Centramo-nos no nosso tema, que é o das restrições. Há que reconhecer que as previsões atuais são muito escassas. Mas um novo meio, e ainda por cima um meio invasor e globalizante como a informática, impõe seguramente nesse domínio uma apurada disciplina. A falta desta sujeita o país a um desarmamento pernicioso.

De fato, deu-se uma grande extensão dos quadros jurídicos tradicionais, para ampliar a proteção à informática. Mas a extensão das regras atributivas foi quase desacompanhada da implementação das regras restritivas correspondentes.

Seja o caso da faculdade de **reprodução**. Consolidou-se um movimento de extensão, que levou a abranger nesta, primeiro a fixação ou gravação (portanto, já não só a cópia, mas a própria formação da matriz), depois a estendê-la a reproduções meramente tecnológicas, até invisíveis aos sentidos humanos e que portanto que não facultam por si qualquer disfrute. Seja o caso das reproduções no interior do computador, que são diferentes da apresentação ou *display*, que essa sim, pode ser objeto de comunicação ao público⁹. Quer dizer, o Direito Autoral estende-se ao próprio funcionamento interno do equipamento. Mas essa extraordinária ampliação, impensável para o *copyright* realístico inicial, não poderia deixar de exigir simultaneamente a demarcação das restrições adequadas a estabelecer o regime que permita o aproveitamento social dos novos meios. Um novo ambiente exige um novo Direito.

Mas não aconteceu assim, criando-se um grande desequilíbrio entre as faculdades asseguradas a quem cabe o direito e a operação dos novos meios, dum lado, e do outro os interesses coletivos ou os interesses privados dos usuários.

Na Comunidade Européia atinge-se o máximo. A Diretriz n.º 2001/29, de 22 de maio, regula o direito de autor e os direitos conexos na sociedade da informação. Consagra a noção mais lata possível do direito de reprodução. No art. 2/1 dá como âmbito do exclusivo as reproduções “diretas ou indiretas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios ou sob qualquer forma, no todo ou em parte”. Ficam pois compreendidas as reproduções meramente tecnológicas. No art. 5/1, a título de “exceção ou limite”, exclui do direito de reprodução outras reproduções integradas

⁹ Ou as numerosas reproduções meramente tecnológicas de que uma mensagem digitalizada é alvo no decurso de um processo de transmissão.

num processo tecnológico, cujo único objetivo seja permitir uma transmissão em rede ou uma utilização legítima. Mas ainda condiciona mais: estas não devem ter por si significado econômico.

A natureza desta restrição não é a de uma fronteira da reprodução, é estabelecida a título de limite: a única diferença em relação aos restantes limites está no caráter injuntivo deste, pois os Estados-membros não podem deixar de o admitir. Por isso, como limite, está sujeito à regra dos três passos, constante do n.º 5 do mesmo art. 5. Para que não haja dúvidas, o n.º 5 expressamente inclui este limite do n.º 1 entre os que devem ser adicionalmente sujeitos aos “limites dos limites” do n.º 5.

A situação é verdadeiramente paradoxal. Apesar de o n.º 1 prever casos especiais, o n.º 5 declara que só se aplica em casos especiais. Apesar de o n.º 1 limitar a situações que não tenham em si significado econômico, o n.º 5 impõe que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra e não prejudiquem irrazoavelmente os interesses legítimos do titular do direito. É muito característico do unilateralismo numa disciplina que tem quase exclusivamente em vista a proteção da exploração econômica do digital.

Temos que, por força do n.º 1, certas reproduções tecnológicas são limitadamente liberadas, nomeadamente o *caching* ou armazenagem temporária e o *browsing*, que permite a navegação e o funcionamento dos instrumentos de busca e que implica sempre reproduções meramente tecnológicas¹⁰.

Mas fica sempre alguma coisa de fora, como o *time shifting* – a gravação dum programa da internete por um usuário para permitir a visão ou audição posterior. Todas admitem a legalidade desta prática, mesmo sem previsão específica.

Em todo o caso, há a referir como positiva a previsão do art. 5/2 *b* da mesma diretriz – a admissão de reproduções em qualquer meio para uso privado. Não representa porém propriamente uma restrição do ex-

¹⁰ Cfr. o considerando n.º 33 da Diretriz.

clusivo, mas a metamorfose parcial deste num direito de remuneração, uma vez que a permissão é condicionada à outorga de uma remuneração aos titulares dos direitos.

O resultado é em qualquer caso muito insuficiente, chegando a pontos verdadeiramente críticos. Seja o caso do chamado direito *sui generis* do fabricante das bases de dados, que é um verdadeiro direito sobre a informação. Este privatiza em termos inaceitáveis um bem, a informação, que deveria ser livre. Felizmente, semelhante direito não foi aceite por países extra-europeus.

Pelo contrário, agora com carácter universal, é aguda a problemática dos **dispositivos tecnológicos de proteção**, que restringem o acesso ou a utilização do conteúdo dos sítios da internet. Em caso de o conteúdo ser protegido pelo direito de autor, esses dispositivos excluem na prática a utilização dos limites aos direitos exclusivos previstos em lei: tiram a faculdade de livremente aceder ou utilizar, mesmo quando a lei autoral libera esse acesso ou uso. As providências destinadas a superar esse impedimento que têm sido tomadas nos diferentes países têm sido sempre infrutíferas. Esta matéria será seguidamente retomada.

Temos pois que, não só não se criaram limites adequados ao ambiente digital, como a disciplina adotada elimina ou restringe gravemente na prática os limites que são proclamados pela lei existente.

7 O direito de reprodução no Brasil

O Brasil está em situação relativamente favorável no que respeita à disciplina do direito de reprodução, e até das restrições no domínio da informática em geral.

Uma vez que não aderiu aos Tratados da OMPI de 1996, tem de respeitar sobretudo a Convenção de Berna e o ADPIC / TRIPS. Este por sua vez incorpora os preceitos patrimoniais daquela Convenção e

agrava-as; mas não vai particularmente longe, em matéria de Direito da Informática.

Na legislação ordinária, o art. 30 LDA incorpora no direito de reprodução o direito de colocar a obra à disposição do público – que se dirige essencialmente ao direito de colocar a obra em rede (ou em linha) à disposição do público. Afasta-se assim da corrente dominante, que o integra no direito de comunicação ao público. Não viola com isto obrigações internacionais, se tivermos em conta que estas impõem um regime, mas as qualificações são livres. O Brasil poderia seguir e seguiu efetivamente qualificação diversa.

Outra questão consistiria em saber se a qualificação é efetivamente a melhor. Já nos pronunciamos sobre a matéria, tendo chegado a conclusão negativa¹¹. Não há que retomá-la, porque neste momento nos ocupa mais uma perspectiva do direito a constituir. Diremos em todo o caso que nem o proêmio nem o § 1.º¹² permitem extrair resultados semelhantes aos que se tiram da diretriz europeia.

De todo o modo, a lei brasileira está (relativamente) livre para regular como entender a faculdade de reprodução. Pode assentar na figura realística da reprodução como criação de exemplares, excluindo deste modo as reproduções meramente tecnológicas¹³. O que não parece admissível seria prever um *direito de transmissão eletrónica*. A transmissão é uma mera técnica: se houver ilícito na transmissão é por outras razões e não por carência de autorização, porque a transmissão não carece de ser autorizada¹⁴.

11 Veja-se o nosso - A recente lei brasileira dos direitos autorais comparada com os novos Tratados da OMPI. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 42, p. 13-29, set./out. 1999; e **Revista da Faculdade de Direito de Lisboa**, XL, n. 1 e 2, p. 573-596, 1999; e **DIREITO DA INTERNET E DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO - ESTUDOS**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. n. 8. Haveria em todo o caso que discutir se a diversidade de qualificação acarreta regime jurídico diverso.

12 O § 1.º afasta a exclusividade da reprodução se esta for temporária e apenas destinada a tornar a obra, fonograma ou interpretação perceptível em meio eletrónico, ou quando for de natureza transitória e incidental, desde que no curso de uso devidamente autorizado pelo titular.

13 Fica afastada a questão da disciplina do uso do programa de computador e da técnica a adotar para enquadrar o uso privado.

14 Veja-se o nosso *Telecomunicações e Direito Intelectual* (em preparação). Lembremo-nos que na radiodifusão há o exercício dum direito que só se consuma com a recepção, segundo entendemos, e não com a mera emissão, porque esta não representa ainda utilização da obra.

Entendemos ainda que o art. 46 VIII LDA, uma vez interpretado no sentido que nos parece correto (como veremos adiante, ao refletir sobre a limitação aos “pequenos trechos”) não oferece dificuldades quando transposto para o meio digital, nomeadamente para o ciberespaço. As três limitações adicionais que coloca são perfeitamente compatíveis com uma utilização em linha. As duas últimas (ou seja, as que se referem à “exploração normal” e ao “prejuízo injustificado”) têm ainda por cima por si o suporte do art. 9/2 da Convenção de Berna, uma vez que qualificam a colocação em linha como uma reprodução e, logicamente, a submetem às mesmas restrições constantes do art. 9/2 daquela convenção.

8 Implicações sobre a legislação interna

O ambiente digital trouxe às pessoas extraordinárias potencialidades. Seria inadmissível que em vez de melhorar a condição dos usuários a viesse afinal de contas agravar, mesmo que parcialmente, sem haver justificação bastante para tal. Não se compreenderia que naquilo a que se chama pomposamente a sociedade da informação o usuário viesse a ficar pior colocado do que antes no acesso à informação.

E todavia, por várias vias se pode reear que assim aconteça.

Acontece, como vimos já, com o direito *sui generis* do fabricante das bases de dados, em que o usuário perde a liberdade de acesso e uso da informação que tinha primeiro. Este direito *sui generis* não foi todavia admitido no Brasil.

Mas por outras vias a informação pode ser restringida. Pense-se: a leitura dum livro está na esfera de liberdade de cada pessoa. Desde modo utiliza-se inegavelmente a obra, mas nem os mais extremistas se lembraram de exigir pagamento em contrapartida da leitura.

Suponhamos porém uma biblioteca digital. A obra é colocada em rede, à disposição do público. Nada surpreende se, além do custo geral do serviço de disponibilização em rede, o usuário passe a ter de pagar pela leitura da obra. A condição do usuário piorou.

Na biblioteca terrestre podemos livremente fazer fotocópias pagando preço do serviço, sem remuneração pela reprodução – salvo quando muito uma remuneração pela própria biblioteca a título de reprografia em benefício de titulares de direitos¹⁵. E o acesso e descarga da obra integrada em biblioteca digital?

Com isto entramos no estatuto da obra disponível em rede. *Disponível* não equivale a gratuitamente disponível. Perguntamos antes a que encargos, além da mera remuneração do serviço de disponibilização em rede, terá o usuário de se submeter, a título de direito autoral.

Previamente, há que saber se a obra disponível em rede, sem quaisquer dispositivos que restrinjam o acesso ou uso, pode ser livremente visitada, utilizada ou armazenada por qualquer pessoa.

A nossa resposta é afirmativa, porque esse é justamente o sentido de a obra estar livre na rede. Qualquer pessoa pode aceder, tomar conhecimento, ver, ouvir, reproduzi-la para uso privado e assim por diante.

Não obstante, o autor não renuncia aos seus direitos, apenas disponibiliza a obra para quem quiser utilizá-la. Pode especificar os usos autorizados, recorrendo por exemplo a sistemas como o dos *creative commons*; mas nem precisa de o indicar porque essa é a intenção normal de quem assim procede. Por outro lado, também não há renúncia a direitos: ninguém pode fazer utilizações ulteriores da obra sem autorização do autor, nos mesmos termos de qualquer pessoa que toma conhecimento de uma obra por outra via legítima. Terceiros não a podem sobretudo comercializar.

¹⁵ Não discuto neste lugar a situação legislativa brasileira, que é muito pouco clara.

Mas deixemos este aspecto que nos levaria muito longe¹⁶ e consideremos a figura mais preocupante: a dos dispositivos tecnológicos de proteção que restringem o acesso, a reprodução¹⁷, certos usos da obra e assim por diante. Interessa-nos um aspecto muito particular: a repercussão de tais dispositivos sobre os limites legais do direito.

Estes dispositivos representam vedações tecnológicas que defendem a exploração do sítio contra utilizações ou modalidades destas, não autorizadas, possibilitando a obtenção de lucro. Mas por outro lado dão o domínio do conhecimento, trazem obstáculo à circulação da informação e permitem formas de manipulação do saber.

Há assim a necessidade de uma conciliação, o que exclui o arbítrio do titular do sítio. É matéria que versamos já noutra lugar¹⁸ e não retomaremos aqui.

Mas o beneficiário dos limites fica despojado das faculdades que a lei lhe outorga. A técnica surge aqui com o máximo de gravidade: não só a introdução da informática não foi acompanhada da necessária especificação dos limites correspondentes, como pode ter o efeito de excluir radicalmente o exercício das restrições que são facultadas pela lei atual.

A Lei n.º 9610, nos arts. 107 I a III, comina sanções civis contra quem violar dispositivos tecnológicos de proteção ou suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação (tecnológica) sobre a gestão dos direitos. Não exige que esses dispositivos sejam *eficazes*, afastando-se assim de previsões alheias sobre esta matéria¹⁹. Mas sobretudo,

16 Por exemplo, na discussão sobre o valor a atribuir a ressalvas de utilização constantes do sítio. Têm valor *erga omnes*, não tendo sido colocados dispositivos de proteção?

17 Ou a reprodutibilidade das cópias, ou o número de vezes que podem ser usadas...

18 Cfr. o nosso: Dispositivos tecnológicos de protecção, direitos de acesso e uso dos bens. In: DIREITO da Sociedade da Informação. Coimbra: APDI/Coimbra Editora, 2009. v. VIII, p. 10. Recordemos que o titular do sítio é quase sempre um adquirente derivado de direitos de exploração e não o próprio criador intelectual.

19 O Tratado da OMPI sobre Direito de Autor de 1996, no art. 11, estabelece a proteção contra a neutralização de dispositivos tecnológicos eficazes. A lei brasileira não adotou essa precaução, o que é pena, porque um dispositivo tecnológico facilmente neutralizável não justifica esta proteção.

nada dispõe quanto ao exercício de limites (faculdades de utilização) estabelecidos por lei. Ficarão então liquidados no digital todos os limites hoje previstos? Isso seria gravíssimo, pois permitiria com uma penada transformar o direito autoral em direito absoluto, desde que se recorresse a dispositivos tecnológicos.

Não pode ser assim, porque o não permitem os interesses coletivos. Seria também maltusiano para as potencialidades de expansão, comunicação, informação e acesso à cultura na internet, sem nenhuma justificação atendível.

É pois imperioso pôr em ação um sistema que permita compatibilizar a exploração dos sítios na internet com o exercício dos limites que a lei assegura. Mas como?

A Directriz n.º 01/29 da Comunidade Européia, de 22 de maio, dispõe no art. 6 que os Estados tomarão medidas para assegurar que sejam colocados à disposição dos beneficiários das restrições admitidas meios que lhes permitam exercê-las... Mas em geral a tradução prática desta previsão tem sido nula.

O Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos português foi mais longe. No art. 221/1 determinou que os titulares dos sítios depositassem junto da Inspeção-Geral chaves que dêem o acesso aos sítios, permitindo o exercício pelos beneficiários das limitações que lhes aproveitam; podendo estes solicitar que o acesso lhes seja facultado (n.º 3). É um passo mais, mas na prática revela-se ainda inoperante, porque em caso de resistência do titular do sítio só resta instaurar um processo. Mesmo sendo este arbitral, é completamente desproporcionado, perante a urgência no acesso e a normal escassa valia pecuniária do exercício dos limites.

Não havendo assim precedentes adaptáveis, há que elaborar uma regra própria no Direito brasileiro. Deverá ser de funcionamento célere, o que exclui a intervenção judiciária. Em nosso entender, só uma

entidade administrativa estará em condições de decidir imediatamente, perante os elementos aduzidos, se o acesso deve ser ou não facultado e de impor a solução se não for cumprida. Se as partes se não conformarem, a discussão só poderá prosseguir em juízo.

A regra deve ser injuntiva, não permitindo às partes afastarem-na; e devidamente sancionada, para que a recusa arbitrária não compense.

9 A prevalência do interesse coletivo na fluidez das comunicações

Este tema ilustra já outra vertente em que se impõem limitações à pretensa soberania do direito autoral: há um interesse coletivo na normalidade, justiça e transparência das comunicações que tem de ser sempre assegurado. Esse interesse exige intervenções imediatas, porque as comunicações têm de manter atualidade e fluidez para servirem os seus fins.

Assim acontece já em Portugal noutra situação, a de litígio sobre a alegação de prática de ilícito em rede. É uma entidade administrativa, a ANACOM (correspondente à ANATEL) que, em 48 horas, decide se o material contestado deve ser retirado ou pode permanecer. A decisão pode ser reformulada perante elementos novos mas o regulamento definitivo só poderá obter-se em juízo, se as partes ou uma delas a ele recorrerem²⁰. A necessidade de assegurar a normalidade de funcionamento da rede é de importância tão grande que exige que se demarque com urgência um *status quo*.

Isto implica que a entidade chamada a regular provisoriamente a situação só possa ser uma entidade administrativa. Não tem funções jurisdicionais, não resolve um litígio; assegura antes a normalidade da vida social e em particular das telecomunicações. Só uma leitura precon-

²⁰ Veja-se o art. 18 do Dec.-Lei n.º 7/04, de 7 de janeiro.

ceituosa da chamada “separação dos poderes”²¹ o poderia contestar. O policial que desembaraça as vias públicas após uma colisão não resolve um litígio entre condutores altercantes, promove um interesse administrativo na fluidez do tráfego. Pois é também a fluidez do tráfego em linha (e das comunicações em geral) que estas soluções asseguram.

Esta problemática ganhou por estes dias grande acuidade na Comunidade Européia, perante a proposta da Comissão de reforma do regime comunitário das telecomunicações.

Estavam em causa os “Acordos do Eliseu” de novembro de 2007, fomentados pelo presidente Sarkozy, que pretendiam impedir o intercâmbio de ficheiros (P2P) através da internet. A Comissão acolheu a proibição que se objetivava e que se concretizaria por um sistema de advertências dirigidas aos utilizadores que praticassem intercâmbio. Em caso de inobservância, o terminal do utente seria desconectado²². Este sistema pretendia ser muito mais efetivo que a ameaça, inclusive penal, que mesmo que afirmada em teoria não funcionava realmente na prática.

Apesar de a França ter impulsionado o sistema, por Sarkozy ter entretanto assumido a função de Presidente do Conselho da União Européia, o Parlamento Europeu rejeitou a proposta em 28 de setembro de 2008, pela expressiva maioria de 90%. A orientação adotada foi subsequentemente aceite pela Comissão.

Repare-se que neste ponto não se contempla diretamente o interesse do consumidor. É grande a relevância deste, mas é matéria de Comércio Eletrônico e não de Direito Intelectual.

O Parlamento Europeu considerou que os direitos fundamentais do usuário final, particularmente as liberdades de expressão e de informação constantes da Carta dos Direitos Fundamentais da União Eu-

²¹ Que é na realidade independência e não separação.

²² Far-se-iam até três advertências em relação a práticas de intercâmbio, que eram tomadas como violação de direitos autorais. Não resultando, procedia-se à desconexão, por período de 3 a 12 meses. Seguir-se-ia o precedente norte-americano e invocava-se o caráter fundamentalmente educativo do sistema. Mas, ao que se conhece, também nos Estados Unidos este não funcionou na prática. Estaria agora neste país nova proposta legislativa em debate nas Câmaras.

entidade administrativa estará em condições de decidir imediatamente, perante os elementos aduzidos, se o acesso deve ser ou não facultado e de impor a solução se não for cumprida. Se as partes se não conformarem, a discussão só poderá prosseguir em juízo.

A regra deve ser injuntiva, não permitindo às partes afastarem-na; e devidamente sancionada, para que a recusa arbitrária não compense.

9 A prevalência do interesse coletivo na fluidez das comunicações

Este tema ilustra já outra vertente em que se impõem limitações à pretensa soberania do direito autoral: há um interesse coletivo na normalidade, justiça e transparência das comunicações que tem de ser sempre assegurado. Esse interesse exige intervenções imediatas, porque as comunicações têm de manter atualidade e fluidez para servirem os seus fins.

Assim acontece já em Portugal noutra situação, a de litígio sobre a alegação de prática de ilícito em rede. É uma entidade administrativa, a ANACOM (correspondente à ANATEL) que, em 48 horas, decide se o material contestado deve ser retirado ou pode permanecer. A decisão pode ser reformulada perante elementos novos mas o regulamento definitivo só poderá obter-se em juízo, se as partes ou uma delas a ele recorrerem²⁰. A necessidade de assegurar a normalidade de funcionamento da rede é de importância tão grande que exige que se demarque com urgência um *status quo*.

Isto implica que a entidade chamada a regular provisoriamente a situação só possa ser uma entidade administrativa. Não tem funções jurisdicionais, não resolve um litígio; assegura antes a normalidade da vida social e em particular das telecomunicações. Só uma leitura precon-

²⁰ Veja-se o art. 18 do Dec.-Lei n.º 7/04, de 7 de janeiro.

ceituosa da chamada "separação dos poderes"²¹ o poderia contestar. O policial que desembaraça as vias públicas após uma colisão não resolve um litígio entre condutores altercantes, promove um interesse administrativo na fluidez do tráfego. Pois é também a fluidez do tráfego em linha (e das comunicações em geral) que estas soluções asseguram.

Esta problemática ganhou por estes dias grande acuidade na Comunidade Européia, perante a proposta da Comissão de reforma do regime comunitário das telecomunicações.

Estavam em causa os "Acordos do Eliseu" de novembro de 2007, fomentados pelo presidente Sarkozy, que pretendiam impedir o intercâmbio de ficheiros (P2P) através da internet. A Comissão acolheu a proibição que se objetivava e que se concretizaria por um sistema de advertências dirigidas aos utilizadores que praticassem intercâmbio. Em caso de inobservância, o terminal do utente seria desconectado²². Este sistema pretendia ser muito mais efetivo que a ameaça, inclusive penal, que mesmo que afirmada em teoria não funcionava realmente na prática.

Apesar de a França ter impulsionado o sistema, por Sarkozy ter entretanto assumido a função de Presidente do Conselho da União Européia, o Parlamento Europeu rejeitou a proposta em 28 de setembro de 2008, pela expressiva maioria de 90%. A orientação adotada foi subsequentemente aceite pela Comissão.

Repare-se que neste ponto não se contempla diretamente o interesse do consumidor. É grande a relevância deste, mas é matéria de Comércio Eletrónico e não de Direito Intelectual.

O Parlamento Europeu considerou que os direitos fundamentais do usuário final, particularmente as liberdades de expressão e de informação constantes da Carta dos Direitos Fundamentais da União Eu-

²¹ Que é na realidade independência e não separação.

²² Far-se-iam até três advertências em relação a práticas de intercâmbio, que eram tomadas como violação de direitos autorais. Não resultando, procedia-se à desconexão, por período de 3 a 12 meses. Seguir-se-ia o precedente norte-americano e invocava-se o caráter fundamentalmente educativo do sistema. Mas, ao que se conhece, também nos Estados Unidos este não funcionou na prática. Estaria agora neste país nova proposta legislativa em debate nas Câmaras.

ropéia, não poderiam ser administrativamente restringidas: impor-se-ia prévia decisão judicial²³.

Não nos interessa propriamente historiar a vicissitude, pois a fractura continua em aberto: há interesses muito poderosos que defrontam quaisquer maiorias. Em França atingiu-se por estes dias o ponto decisivo, perante a legislação proposta mas interessa-nos o fundamento do sistema.

O que está aqui em causa é o limite extrínseco imposto ao exclusivo intelectual pelas liberdades fundamentais. O endurecimento da zona de exclusivo não pode ser feita à custa de princípios constitucionalmente superiores, como são as liberdades fundamentais. Têm de manter-se abertos os grandes canais de circulação de idéias e informações, os princípios de acesso ao ensino e a cultura, o fomento da pesquisa e difusão científicas... Tudo isto exige que a defesa do exclusivo autoral procure novos meios de afirmação, em vez de persistir em formas ultrapassadas. Estas teriam um efeito malusiano sobre as extraordinárias potencialidades da internete, impedindo a normal fluidez da informação; e mostram-se incapazes de distinguir o uso privado, que deve ser resguardado, de formas efetivas de violação.

Justamente no domínio da repressão das formas violadoras temos no Brasil o Projeto de Lei da Criminalidade Informática, que já referimos. Foi recentemente aprovada pelo Senado e volta à Câmara dos Deputados, em versão pré-final. Não podemos entrar no seu exame; observamos apenas que este projeto, ao contrário do que se afirmou, não incrimina o intercâmbio de ficheiros na internete.

10 Liberdade de acesso à informação e à cultura

A análise realizada levou-nos já a aflorar outras grandes orientações constitucionais que o Direito Intelectual tem de tornar efetivas no ambiente digital – portanto, que as acolher como limites ao exclusivo.

²³ Salvo se a segurança pública estivesse ameaçada, caso em que a decisão judicial poderia ser posterior.

No número anterior verificamos a importância da liberdade de acesso à informação, assegurada no art. 5 XIV da Constituição. Como todas as regras definidoras dos direitos e garantias fundamentais, tem aplicação imediata (§ 1.º). Estes direitos e garantias não excluem outros, mesmo provenientes de fontes internacionais, nos termos dos §§ 2.º e 3.º do mesmo artigo.

Temos portanto aqui uma base segura para afirmar que nenhuma vedação ou restrição tecnológica pode ser levada ao ponto de, para defesa de exclusivos autorais, impedir modos normais de acesso à informação. O equilíbrio entre direito autoral e outros direitos, particularmente os direitos fundamentais, deve ser procurado, mas não pode desfigurar a primazia dos grandes princípios e liberdades constitucionais. O direito autoral nunca pode ter como critério reservar ao autor a totalidade do lucro potencial em abstrato retirável da obra.

Esta máxima da primazia das grandes coordenadas constitucionais, que o princípio da função social leva hoje com naturalidade a que seja aceite em matéria de propriedade, mesmo imóvel, não pode suscitar nenhuma estranheza quando aplicada à chamada propriedade intelectual.

Mas avancemos. A liberdade de comunicação e de acesso à cultura é igualmente servida por outros processos, a que chamamos de associação de conteúdos ou hiperconexões.

Seja o caso dos *hyperlinks* ou *hipernexos*. Consistem em atalhos, que permitem ao internauta aceder diretamente a outro sítio²⁴.

É a nosso ver incontestável a licitude de semelhantes processos, sem necessidade de autorização do titular do sítio alheio e do autor de obra eventualmente ali colocada²⁵. Efetivamente, se o autor exerceu a faculdade de colocar a obra em rede à disposição do público pelas vias

²⁴ Ou a outra página do mesmo sítio, mas então é para a nossa análise irrelevante.

²⁵ Cfr. sobre esta matéria o nosso: A liberdade de referências em linha e os seus limites. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a. 61-II, p. 499-528, abr.2001; *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. XLII, n. 1, p.7-27, 2001; e *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 97, v. 358, p. 59-74, nov./ dez. 2001.

normais de acesso, também será admitido criar um atalho para aí aceder mais rapidamente a partir de outro sítio da internet. É evidente que isso não implica a liberdade de desta maneira eludir quaisquer restrições gerais de acesso ou gozo legalmente admissíveis²⁶. Só o percurso ou via foi simplificado, com vantagem para todos, em direção a um bem que o titular disponibilizou.

Discutem-se depois aspectos mais particularizados. Assim, serão lícitos os *deep links*, os nexos criados para acesso a páginas interiores, sem passar pela primeira página? Assim o pretenderam titulares de sítios, para que o usuário veja a publicidade que usualmente se congrega naquela. Mas a pretensão não tem já fundamento, pois todo o conteúdo do sítio está disponibilizado. O internauta usa a mesma liberdade de ir diretamente ao trecho que lhe interessa que a que cabe ao leitor de um livro quando o abre diretamente no texto em que está particularmente interessado. No conflito de interesses, prevalece a liberdade de comunicação ou de acesso à informação²⁷.

Tão importante como o livre acesso à informação, e aliás na continuidade deste, está o acesso à cultura.

O art. 215 da Constituição, regulando os direitos culturais, prevê o acesso às fontes de cultura nacionais²⁸.

O exclusivo autoral tem sido justificado pelo objetivo de fomentar a criação cultural. Sem nos determos na apreciação deste fundamento, há que acentuar que o regime concreto a estabelecer não pode ser moldado de maneira que o direito autoral acabe por desmentir no resultado a preocupação cultural que esteve na sua origem.

A criação cultural que merece ser privilegiada é a criação de nível elevado, contra a banalização da “obra intelectual” que se expande em

26 Particularmente o caráter oneroso do acesso.

27 Ou até do melhor acesso à informação.

28 Veja-se também o art. 216 § 5.º, sobre o património cultural.

conseqüência da mercantilização do sector. A apreciação do mérito é hoje predominantemente repudiada, sendo substituída por uma vaga originalidade. A nosso ver, semelhante orientação é nociva e conduz a um impossível prático, porque deste modo nem sequer podemos caracterizar o objeto de proteção. Mas não avançamos mais, porque não é o nosso tema.

11 As bibliotecas digitais

Os princípios atrás formulados têm manifestações da maior relevância. Limitamo-nos a indicar algumas.

É hoje possível tecnicamente construir gigantescas bibliotecas digitais. Os programas foram elaborados pela Google, que conseqüentemente procurou depois que fossem adotados, nos Estados Unidos e na Europa, nomeadamente.

Na Europa a necessidade era flagrante. Aí se encontra o maior acervo cultural do mundo. Mas esse acervo está em risco de perder-se na sua maior parte²⁹.

A Comissão Européia encarou por isso como objetivo a constituição de bibliotecas digitais. Mas logo surgiram, além de obstáculos técnicos e financeiros, os obstáculos jurídicos, originados pelo direito de autor.

Estes obstáculos concentram-se em dois aspectos em especial:

- a própria digitalização das obras
- a disponibilização em rede informática.

29 Ou até, mais pessimisticamente: perder-se-á fatalmente na sua maior parte, mesmo contando com estes programas, por razões de custo ou outras.

I – A digitalização

A digitalização pode ter objetivos vários.

Serve em primeiro lugar para preservar obras em risco atual de perder-se. Pode ser feita também para criar um exemplar de reserva, contra todos os riscos eventuais.

A digitalização envolve uma operação que cai na noção ampla de reprodução. O que impõe que perguntemos se, em relação a obras objeto de direito autoral, ela é lícita, independentemente do consentimento do autor. Sabendo-se que na prática o “consentimento” quase equivale a pagamento, compreende-se a relevância prática da resposta.

No comércio eletrônico progride gradualmente o princípio da equivalência do suporte eletrônico ao suporte em papel. Isso implica que o regime da digitalização não seja diverso do aplicável à reprodução comum.

Mas sobretudo, está aqui em causa a observância de princípios constitucionais, particularmente o da garantia do património cultural. Prevalce naturalmente sobre o exclusivo autoral. A digitalização tem este fortíssimo suporte quando se destina a preservar esse património.

Isto implica que, para esses fins, a digitalização seja livre, não dependendo de autorização nem de pagamento. A finalidade cultural passa à frente da reserva de exploração e não a atinge, ou só marginalmente a atingirá.

É ainda claro que a obra digitalizada não terá de ser mantida secreta, para meras finalidades de conservação. Pode, também livremente, ficar aberta à consulta dos usuários do estabelecimento – biblioteca, arquivo e semelhantes – como qualquer obra em suporte material. O autor em nada é prejudicado com isso, pelo que não é legítimo criar impedimentos ao fim cultural.

II – A disponibilização em rede

E poderá a obra ser disponibilizada em rede ao público?

Aqui encontramos o obstáculo do direito autoral de disponibilização em rede, que como dissemos foi integrado por instrumentos internacionais no direito autoral de comunicação ao público e no Brasil no direito de reprodução.

Não se vê como dispensar a autorização, mesmo que a disponibilização tenha estrita finalidade cultural, porque a abertura indiscriminada ao público atingiria essencialmente a reserva da exploração deixada ao autor. A invocação da regra dos três passos seria então justificada.

Mas há que proceder a várias distinções:

1. A primeira estaria na hipótese da disponibilização numa intranete. Seja o caso de uma rede de uma universidade que integre as várias escolas. Sendo única a entidade, o acesso a partir dos terminais de cada núcleo deve continuar a ser livre, como o é hoje nas bibliotecas presenciais.

2. A segunda hipótese seria a do acordo entre duas instituições, pelo qual se abrisse mutuamente o acesso aos usuários da outra. Prolongando o exemplo dado, suponhamos um convênio entre dois centros de pesquisa.

Neste caso, estar-se-ia numa situação semelhante à que se verifica hoje na colaboração interbibliotecária, em que os livros são enviados pelas instituições participantes para satisfazer pedidos de usuários da outra instituição, de acordo com convênios estabelecidos.

Mesmo assim, o digital traz uma diferença de grau. Pelo que a situação exigiria pelo menos uma ulterior especificação de tipos de acordos admissíveis.

3. *Regime a estabelecer*

A obra não pode ficar sem mais aberta a público, dissemos, sem observar o direito autoral sobre ela.

Mas isso não significa que o regime aplicável deva ser o comum do direito autoral.

A possibilidade de consulta é um elemento relevantíssimo para a difusão e comunicação cultural. A subordinação ao regime comum equivaleria a limitar maltusianamente as potencialidades da internet, pois os custos astronômicos da soma de autorizações individuais impediriam essa expansão.

A composição com os interesses dos autores e dos titulares dos direitos de exploração só se consegue procurando modos coletivos de contratação. Referimo-nos particularmente ao estabelecimento duma composição adequada, nomeadamente dum direito de remuneração. Assim se conseguiria simultaneamente satisfazer o interesse coletivo no acesso remoto a obras que estão livres para consulta pública na biblioteca de origem. O esquema envolveria provavelmente uma restrição da faculdade de reprodução por terceiros.

O regime a estabelecer pode variar muito. Uma notícia de última hora é a de que nos Estados Unidos da América a Google, contra quem tinham sido intentados vários processos judiciais, chegou a um acordo no sentido do pagamento de US\$ 50,00 aos autores de cada livro. Mas os contornos deste acordo estão ainda indefinidos.

No Brasil, supomos que a solução só se encontrará por via legislativa. A imposição de licenças compulsórias, mesmo remuneradas, só pode resultar da lei: é ponto que não podemos desenvolver aqui. Será à lei que caberá distinguir quais as hipóteses em que o superior interesse público legitima esta utilização, mas simultaneamente também quais as restrições a estabelecer, quais os parâmetros da composição que deverá ser atribuída aos titulares dos direitos e quais as vias para se chegar até à quantificação do que for devido.

12 As obras órfãs

Nos Estados Unidos da América – e conseqüentemente prolongando-se ao resto do mundo “autoral” – debateu-se a questão do estatuto das obras órfãs.

Obras órfãs são aquelas cujo autor não é determinável ou é praticamente impossível determinar, ou cuja determinação é tão onerosa que torna financeiramente incomportável fazê-lo.

Estes casos são numerosos. A urgência na constituição de bibliotecas digitais tornou aguda esta problemática. Porém, quaisquer tentativas de superação dos obstáculos encontraram a irredutibilidade das entidades de gestão coletiva em não prescindir do consentimento do autor. Na Comunidade Européia, nomeadamente, isso levou a que nada se avançasse até hoje, embora a matéria tenha sido colocada como ponto prioritário no programa da Comissão.

Cremos não exagerar no qualificativo considerando esta situação escandalosa.

Há um interesse do público no aproveitamento da obra e um interesse cultural a prosseguir – e tudo fica parado perante a invocação de um direito sagrado e irremovível do autor! Quando assim, até o interesse do autor é prejudicado com a estagnação da obra.

O que é indispensável é a conciliação de interesses, que por sinal nos parece até fácil de conseguir. Provado o caráter órfão da obra, no sentido acima indicado, o aproveitamento poderia fazer-se desde que se caucione a remuneração do autor. No caso de se pretender constituir uma biblioteca digital, seriam utilizáveis os critérios que acabamos de referir. Caberia à lei organizar este regime, nomeadamente os termos deste caucionamento³⁰.

³⁰ Seria perigoso confiar a solução a entidades de gestão coletiva, que por definição não representam titulares indeterminados.

As hesitações nesta matéria, maiores até na Comunidade Europeia que nos Estados Unidos da América, são um alarmante sintoma de imobilismo dos poderes públicos, por incapacidade de vencer a resistência acéfala dos interesses instalados, insensíveis aos interesses coletivos. Qualquer mudança é vista como ameaça ao *status quo* – mesmo quando nenhum prejuízo traz aos titulares dos direitos.

13 Conclusão

Toda a criação é colaboração. É a resultante de muitos contributos, do criador e da comunidade em que se insere.

Criamos a partir dos outros, com os outros e para os outros.

Neste sentido (embora só neste sentido) toda a criação é coletiva.

O Direito de Autor, centrado no espírito, deve traduzir no mais alto nível, entre todos os ramos do direito, essa marca comunitária.

O sistema dos limites deve ser manifestação da “sociedade livre, justa e solidária” que o art. 3 I da Constituição Federal aponta como objetivo.

Deste modo se concretiza a função social do direito de autor, que tão frequentemente é ignorada por uma prática dominada por interesses unilaterais imediatos, cada vez mais alheia aos interesses dos autores.

The “limitations and exceptions” to copyright and related rights in the digital environment

Abstract

The copyright restrictions are not exceptions, limits are unique to that grant, as normal as the rules of allocation. Match the unique, which in itself contradicts the general principle of freedom, with the general, is the state, the community, the public and even the authors themselves. The limits are only those specifically mentioned: there are still limits extrinsic, resulting from the indeclinable Copyright congruence of the other branches of

law. Among these are primarily the large constitucionais freedoms and fundamental rights such as freedom of expression and information and the chance to culture, education and scientific research. Indicate means that various manifestations of this reconciliation in the digital environment.

Keywords: Copyright. Extrinsic limits. Informatics. Fundamental rights.

Referência deste artigo

ASCENSÃO, José Oliveira. As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital. *Revista da ESMape*, Recife, v. 13, n. 28, p. 315-352, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 05 dez. 2008. Aprovado em: 23 jan. 2009.

Aplicação sistemática do princípio da proporcionalidade na defesa dos direitos fundamentais

Júlio Azzi Aprígio de Carvalho

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Candido Mendes. Concluiu o Curso de Preparação à Magistratura na Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Des. Cláudio Américo de Miranda – ESMAPE, em 2004 e exerce desde 2005 a função de Assessor Jurídico da Justiça Federal/PE.

Resumo

A técnica da proporcionalidade permite a realização da justiça no caso concreto ainda que o Direito positivado não seja explícito sobre a matéria discutida, o que possibilita imprimir uma maior eficácia aos preceitos constitucionais e aos direitos fundamentais. Apesar de seu incontestável prestígio e importância para o Direito, a aplicação metódica do princípio é freqüentemente ignorada. Esse artigo objetiva mostrar o grande

valor que possui o princípio dos princípios e a relevância de sua correta aplicação. Para tanto, discorre-se sobre o histórico, a terminologia, o conceito, a comparação com o princípio da razoabilidade, o modo de aplicação e os subprincípios.

Palavras-chaves: Princípio da proporcionalidade. Direitos fundamentais.

1 Histórico

Inicialmente, é oportuno esclarecer que proporcionalidade não se confunde com razoabilidade, apesar de constantemente serem tratados como termos equípolentos. A diferença entre ambos não se resume à terminologia, mas reside na natureza dos institutos. O tema será abordado de forma detida no 3º capítulo deste artigo.

O princípio da proporcionalidade tem origem germânica¹, eis que surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão no final do século XVIII. Em 1791, Walter Jellinek, fez uma primitiva formulação do princípio que viria a se tornar fundamental para o Direito Público: “O Estado somente pode limitar com legitimidade a liberdade do indivíduo na medida em que isso for necessário à liberdade e à segurança de todos”². Em 15 de dezembro desse mesmo ano foi publicada nos Estados Unidos da América a 8ª emenda à Constituição, dispositivo que traz referência ao princípio da proporcionalidade³, in verbis: “Não se exigirá fianças excessivas, nem se imporá multas excessivas, ou se infligirá penas cruéis e incomuns”⁴.

O princípio da proporcionalidade somente foi definido com maior clareza em 16 de março de 1971, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em decisão acerca do armazenamento de petróleo:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental.⁵

Até a segunda metade do século XX sua aplicação se ateu ao direito administrativo, conforme ensina o Professor Português José Joaquim Gomes Canotilho, “o princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo,

1 QUEIROZ, Raphael Sofiati de. **Os Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade das Normas – e suas Repercussões no Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2000. p. 30.

2 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 407.

3 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 25.

4 Amendment 8 - Cruel and Unusual Punishment. Ratified 12/15/1791. “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted”. Extraído da página da *world wide web*: <http://www.usconstitution.net/const.html#Am8>

5 BONAVIDES, Op. Cit., p. 409.

sendo considerado medida para as restrições administrativas”⁶; e Suzana de Toledo Barros, “o germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração”⁷.

A grande novidade veio após a segunda Grande Guerra Mundial, com a aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito Constitucional, inovação que o constitucionalista Paulo Bonavides qualificou como “tão revolucionária ou tão importante quanto a da Tópica há algumas décadas na esfera da Teoria do Direito e dos métodos interpretativos, graças a ela, largamente renovados e reavaliados”⁸.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade foi excluído da redação final da CRFB/88, de modo que não existe de forma expressa na Lei Maior. Nada que prejudique a sua aplicação no Direito brasileiro, já que está previsto de forma implícita nos mais diversos dispositivos constitucionais⁹; além de encontrar fundamento no princípio do Estado de Direito, segundo Gilmar Ferreira Mendes¹⁰, Luis Roberto Barroso¹¹, Raquel Denize Stumm¹², entre outros.

Willis Santiago Guerra Filho e Paulo Bonavides defendem que a proporcionalidade integra o direito brasileiro por meio do §2º do artigo 5º da CRFB/88, por decorrer do regime e dos princípios adotados na Constituição¹³. Consoante Bonavides: “poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito”¹⁴.

6 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 267.

7 BARROS, Suzana Toledo de. **O Princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 35.

8 BONAVIDES, Op. cit. p. 398.

9 Conferir art. 1º, II, III; art. 5º, II, XXXV, LXII, LXVIII, LXIX, *caput*, §1º, §2º; todos da CRFB/88.

10 SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 42, abr. 2002.

11 BARROSO, Luis Roberto. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional. In: **CADERNOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL E CIÊNCIA POLÍTICA**, n. 23, abr./jun. São Paulo: RT, 1998. p. 75.

12 ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 2002. p. 170.

13 SILVA, Op. cit. p. 43.

14 BONAVIDES, Op. cit., 2002. p. 397

Antes da CRFB/88 os tribunais pátrios não explicitavam o princípio em suas decisões, apesar de o utilizarem como critério de valoração da constitucionalidade de algumas leis¹⁵.

A previsão expressa do princípio, nada obstante não incorrer a nível constitucional, está presente no artigo 2º da Lei 9.784/99 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, *ad litteram*.

A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, **proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (grifo acrescentado)

A jurisprudência do Pretório Excelso reconheceu o princípio de modo expresso, apenas em 1993, em decisão que deferiu pedido de liminar na ADI nº 855-2/PR, cuja ementa transcreve-se a seguir:

Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25, §2º, e 238, além de violação **ao princípio de proporcionalidade** e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida. [D] 01.10.93] (grifo acrescentado)

Observe-se, no aresto transcrito acima, a utilização da proporcionalidade e razoabilidade como se possuíssem o mesmo sentido, desacerto que se revela até hoje em decisões dos mais diversos tribunais pátrios, tema que, consoante já mencionado, será tratado mais adiante.

15 CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da Proporcionalidade: a Ponderação dos Direitos Fundamentais. In: CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO POLÍTICO E ECONÔMICO, São Paulo, Mackenzie, v. 4, n. 1, p. 27, 2004.

2 Terminologia e conceito

Há outros termos utilizados para designar o mesmo princípio da proporcionalidade, principalmente na jurisprudência alemã, como proibição de excesso (*Übermassverbot*), e princípio de justiça (*Gerechtigkeitsgrundsatz*). Todavia, a expressão mais em uso tanto nos trabalhos de autores alemães como suíços, austríacos, franceses e espanhóis vem sendo simplesmente “proporcionalidade” (*Verhältnismässigkeit*)¹⁶.

É certo que as possibilidades para as situações fáticas advindas do relacionamento humano são infinitas, de modo que a Lei nunca conseguirá prevê solução justa para tudo o que acontece no convívio em sociedade.

A limitação legislativa é também patente quando há o conflito de dois ou mais interesses amparados com a mesma intensidade pelo ordenamento jurídico, ou quando a aplicação de uma norma positivada ao caso concreto se revela injusta.

Outrossim, há casos especiais em que os próprios princípios não são suficientes para encontrar uma solução jurídica, como nas situações de conflito entre dois ou mais direitos fundamentais albergados por princípios constitucionais, e que se situam no mesmo plano da indivisibilidade. Conjectura que não é difícil de ser vislumbrada em virtude do confronto de interesses de classes instaurado durante a Assembléia Constituinte, o que levou à inclusão de preceitos ideologicamente contraditórios na Constituição da República Federativa do Brasil.

A proporcionalidade surge para encontrar uma solução para casos desse jaez.

Listam-se a seguir, exemplificativamente, alguns questionamentos pragmáticos cujas respostas só serão alcançadas a partir de uma correta

16 BONAVIDES, Op. cit., p. 403.

aplicação do princípio em estudo, necessário para certificar a justeza da medida adotada: deve-se determinar a apreensão de um jornal de grande circulação, ainda quando a informação sigilosa já fora divulgada pela internet? Qual deve ser a graduação de uma pena dentro dos limites legais? Um pai solteiro de hábitos não saudáveis deve perder a guarda do filho mesmo que não exista um familiar para cuidar da criança? Um edifício de importante valor histórico para a Nação pode ser destruído para albergar leitos para doentes do hospital público vizinho? O poder público deve fornecer de forma gratuita um medicamento importado de alto valor para quem não tem condições financeiras de comprá-lo?

Sem a presunção de trazer uma resposta “in abstracto” e em definitivo para casos dessa complexidade, o princípio da proporcionalidade fornece a resposta mais justa para o caso em concreto.

De fato, a técnica da proporcionalidade permite a ponderação de interesses para uma melhor realização do fim constitucional, revelando-se uma importante ferramenta de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público. Pode ser aplicada preventivamente, orientando a atividade Legislativa e Executiva; e repressivamente, ao permitir que o Poder Judiciário invalide atos legislativos e executivos contrários ao princípio. Outrossim, possibilita ao magistrado ajustar o peso da norma incidente em um caso específico, com o fim de impedir que ela produza um resultado indesejado pelo Direito.

Segundo Willis Santiago Guerra Filho a essência e destinação do princípio da proporcionalidade é preservar os direitos fundamentais¹⁷, e resolver o conflito entre princípios constitucionais, sendo apropriado atribuir-lhe a expressão “princípio dos princípios”, *in verbis*:

17 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=701>. Acesso em: 10 jun. 2008.

Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma posição que ocupam na hierarquia normativa, preconiza-se o recurso a um ‘princípio dos princípios’, o *princípio da proporcionalidade*, que determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo o(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando totalmente com o respeito, isto é, ferindo-lhe(s) seu ‘núcleo essencial’, onde se acha insculpida a dignidade humana.¹⁸

Acerca da relação do princípio em estudo com os direitos fundamentais, propalou Helena Nunes Campos:

Sabe-se que uma das características dos direitos fundamentais é o seu aspecto de não ser absoluto e ilimitado; podendo, por isso, ocorrer colisões ou relativas contradições entre tais direitos. Desta forma, imperiosa será a utilização do princípio da proporcionalidade para uma necessária ponderação entre os mesmos perante o caso concreto.¹⁹

Paulo Bonavides, citando Penalva, elucida que a proporcionalidade é algo mais que um critério, regra ou elemento de juízo tecnicamente utilizável para afirmar conseqüências jurídicas, porquanto é princípio consubstancial ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, ao mesmo passo que a exigência de sua utilização se apresenta como uma das garantias básicas que se hão de observar em toda a hipótese em que os direitos e as liberdades sejam lesados²⁰.

O princípio da proporcionalidade é composto por três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

18 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (organizadores). **Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 269-270.

19 CAMPOS, Op. Cit., p. 23.

20 BONAVIDES, Op. Cit., p. 395.

Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se promover o fim almejado; necessária, por causar o menor prejuízo possível; e proporcional em sentido estrito se as vantagens que trará superarem as desvantagens²¹. Assim, desde que presentes essas três características, a medida será proporcional.

Canotilho esclarece que: “o domínio lógico de aplicação do princípio da proporcionalidade estende-se aos conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie”, e que “o princípio da proibição do excesso aplica-se a todas as espécies de actos públicos”²².

A aplicação correta do princípio depende do estudo de seus três elementos, o que será realizado no 4º capítulo deste artigo. Antes disso, oportuno fazer-se a comparação entre proporcionalidade e razoabilidade.

3 Distinção entre proporcionalidade e razoabilidade

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como vários autores renomados de trabalhos acadêmicos, não raro, utilizam os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade de forma equípole, como se o problema se resumisse a simples preferência terminológica.

A esse respeito, transcrevem-se os seguintes arestos:

Ementa

HABEAS CORPUS. [...] RECOLHIMENTO DA PACIENTE EM REGIME MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO NÃO DEMONSTRADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXCESSO NO AUMENTO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PENA REDUZIDA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...]

21 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional**. Fortaleza: UFC – Imprensa Universitária, 1989, p. 75.

22 CANOTILHO, Op. cit. p. 272.

3. **A fixação da pena-base deve pautar-se nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade**, de modo que o aumento em metade da pena diante do fato de ter sido a ré condenada anteriormente configura constrangimento ilegal, devendo a pena ser reduzida. (grifo acrescentado)

[Acórdão Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Classe: HC - HABEAS CORPUS – 98622 Processo: 200800081450 UF: SP Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 05/06/2008
Documento: STJ000333812 Fonte DJE DATA:01/09/2008 Relator(a) ARNALDO ESTEVES LIMA Data Publicação 01/09/2008]

Ementa

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONTROLE JURISDICIONAL. **PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE**. DEMISSÃO. ILEGALIDADE. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

1. O controle jurisdicional em mandado de segurança é exercido para apreciar a legalidade do ato demissionário e a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, bem como a **proporcionalidade** da sanção aplicada com o fato apurado. Precedentes. (grifo acrescentado)

[Acórdão Origem: STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Classe: MS – MANDADO DE SEGURANÇA – 9621
Processo: 200400428811 UF: DF Órgão Julgador: TERCEIRA SEÇÃO Data da decisão: 13/04/2005 Documento: STJ000328602 Fonte DJE DATA:24/06/2008 Relator(a) LAURITA VAZ Data Publicação 24/06/2008]

Também segue essa linha de raciocínio o Professor Luís Roberto Barroso, pois, apesar de apontar a desigualdade entre os conceitos, se posiciona pela fungibilidade dos termos, por entender que “razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis”²³.

23 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 372.

Contudo, ainda que possuam objetivos similares, a conotação técnico-jurídica que reveste os termos não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos. É que a utilização de um pelo outro pode até não trazer prejuízos no âmbito da linguagem laica, mas não atende à precisão necessária de um discurso jurídico.

Nesse sentido há manifestação de Humberto Ávila: “É um problema fenomênico porque, se há dois fenômenos distintos a considerar, porque chamá-los da mesma forma? Não há razão para isso. É banalizar a linguagem, deixando de tirar proveito dela”²⁴.

A diferença resta evidente quando se leva em consideração a origem, desenvolvimento, ou a estrutura desses princípios.

A idéia da razoabilidade, sempre associada ao aspecto substantivo do devido processo legal tem raiz anglo-saxônica²⁵, e foi prevista pela primeira vez pela Magna Carta Inglesa de 1215. No século XVIII foi consagrada através das Emendas 5ª e 14ª da Constituição norte-americana²⁶.

Por outro lado, a noção de proporcionalidade, intimamente ligada ao princípio do Estado de Direito ou ao princípio da dignidade da pessoa humana, tem origem germânica²⁷, tendo sido criação jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, consoante já discorrido no primeiro capítulo deste artigo.

O princípio da razoabilidade fora desenvolvido, como próprio do sistema *common law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática; e significa a

24 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 139.

25 QUEIROZ, Raphael Sofiati de. **Os Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade das Normas – e suas repercussões no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2000. p. 30.

26 Amendment 5: “...nor be *deprived* of life, liberty, or property, without *due process* of law” [5ª emenda “ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”].
Amendment 14: “...nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without *due process* of law...” [14ª emenda “Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”]

27 QUEIROZ, Op. Cit., p. 30.

exigência de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins²⁸.

Segundo Luís Virgílio Afonso da Silva, esse conceito de razoabilidade exposto por Barroso corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, ou seja, apenas à exigência da adequação, o que faz com que fique nítida a dessemelhança entre os conceitos.²⁹

Com efeito, a proporcionalidade, por ter uma estrutura racionalmente definida, constituída por três elementos independentes, que são aplicados em uma ordem pré-definida³⁰, revela-se mais amplo que o princípio da razoabilidade. De modo que, entre as opções **razoáveis**, poderá ser buscada a **proporcional**.

A existência da diferença entre os dois é corroborada, há muito tempo, no plano internacional pela jurisprudência europeia, que diferencia os dois conceitos ao ponto de aceitar uma situação jurídica ao mesmo tempo como desproporcional e razoável. Como se pode inferir da decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Smith and Grady v. United Kingdom*³¹, proferida em setembro de 1999, reproduzido o excerto a seguir:

He considered that there might be room for argument as to whether there had been a **disproportionate** interference with their rights under Article 8 of the Convention (see paragraph 38 above). Nevertheless, both courts concluded that the policy could not be said to be beyond the range of responses open to a **reasonable** decision-maker and, accordingly, could not be considered to be “irrational”. (grifos acrescentados)

28 BARROSO, Luís Roberto. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional. In: **CADERNOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL E CIÊNCIA POLÍTICA**, São Paulo, . n. 23, abr./jun., p. 66, 1998.

29 SILVA, Op. Cit., p. 23.

30 Os elementos do Princípio da Proporcionalidade são analisados no 4º capítulo deste artigo.

31 Disponível em: <<http://hei.unige.ch/~clapham/hrdoc/docs/echrsmithandgrady.htm>>. Acesso em: 26 nov.2008.

Assim, por terem origem, estrutura e aplicação diversas, não há como confundir proporcionalidade com razoabilidade. Ademais, a diferença entre os fenômenos é confirmada pelo estudo dos subprincípios do princípio da proporcionalidade, a ser realizado no capítulo que se segue.

4 Subprincípios

Também chamados elementos, a regra da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios indicados pela doutrina nacional³² e internacional³³: adequação, necessidade e proporcionalidade “stricto sensu”.

Advirta-se que não é sem razão a ordem estabelecida, pois as sub-regras possuem relação de subsidiariedade. Assim, a análise da necessidade só será realizada se o caso não tiver sido resolvido com a regra da adequação e o estudo da proporcionalidade em sentido estrito só se fará necessária quando a adequação e necessidade não tiverem sido suficientes para solucionar o caso³⁴. Assim, só será estudada a proporcionalidade em sentido estrito de uma medida quando esta já se revelar adequada e necessária.

4.1 Adequação

Também chamado princípio da idoneidade ou da conformidade (*Geeignetheit*), traduz a idéia de que a medida deve ser apta à consecução integral ou parcial da finalidade pretendida.

Na lição de Canotilho: “O princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”³⁵.

32 *Exempli gratia*: Paulo Bonavides, Luís Virgílio Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso, Helena Nunes Campos.

33 *Exempli gratia*: José Joaquim Gomes Canotilho.

34 SILVA, Op. Cit., p. 35.

35 CANOTILHO, Op. Cit., p. 269.

Observe-se que uma medida adequada é aquela que faz com que seu objetivo seja alcançado ou pelo menos fomentado³⁶, enquanto que inadequada é a medida cuja utilização em nada contribuir para fomentar a realização do objetivo pretendido. Portanto, o teste da adequação limita-se ao exame da sua aptidão para fomentar os objetivos visados.

Imiscuindo-se no campo pragmático, com vistas a facilitar a elucidação do tópico, podemos desenvolver uma análise com base no caso do doente em estado terminal que busca a eficácia de seu direito fundamental à saúde. Seria adequada uma medida judicial que determinasse que o Poder Público fornecesse gratuitamente um medicamento importado e de alto valor comercial? Para respondermos a essa questão temos que analisar se a medida ajuda a atingir o objetivo almejado (saúde). Portanto, desde que o remédio sirva para curar a doença ou minimizar os efeitos do mal sobre o paciente, pode-se dizer que a medida é adequada.

4.2 Necessidade

Também conhecido como princípio da necessidade ou da menor ingerência possível (*Erforderlichkeit*), coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exige a prova de que não havia outro meio menos oneroso para os cidadãos apto a conseguir o mesmo fim com a mesma eficácia³⁷.

A diferença entre o exame da necessidade e da adequação é clara: o exame da necessidade é necessariamente comparativo, enquanto que o da adequação é exame absoluto³⁸.

36 BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als prinzipien: Die unterscheidung von prima facie-position und definitiver position als fundamentaler konstruktionsgrundsatz der grundrechte*. Baden-Baden: nomos, p. 116, 1998.

37 CANOTILHO, Op. Cit. p. 270.

38 SILVA, Op. Cit., p. 38.

Continua-se com o exemplo anterior, no qual foi observado que a medida em estudo (fornecimento pelo Poder Público do medicamento importado) é adequada. Para a análise da necessidade dessa medida, deve-se cotejá-la com outras medidas que sejam capazes de promover o mesmo objetivo com a mesma intensidade, mas que restrinjam menos os direitos dos cidadãos. Imagine-se que houvesse um remédio fabricado no Brasil, menos custoso e que do mesmo modo ajudasse a tratar o paciente. Nesse caso, o objetivo (saúde do paciente) seria atingido na mesma intensidade, mas a sociedade teria um prejuízo menor, pois o erário público (composto de quantias recolhidas pela população - não custa lembrar) restaria menos depreciado. Assim, a medida de fornecimento pelo Poder Público do medicamento importado e dispendioso não seria proporcional, pois não restaria satisfeito o subprincípio da necessidade.

Por outro lado, se as outras opções para atingir o mesmo fim (saúde do paciente), não fossem tão eficazes quanto o remédio importado, poderia se dizer que a decisão de fornecimento de remédio importado seria necessária nos termos da regra da proporcionalidade.

Observe-se que para se chegar à conclusão da necessidade da medida, houve a necessidade de compará-la com medidas alternativas.

4.3 Proporcionalidade “*stricto sensu*”

Quando se chegar à conclusão de que a medida adotada pelo poder público para atingir determinado fim é adequada e necessária, ainda não se poderá falar que ela é considerada proporcional, pois falta analisar o último elemento: a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*).

Essa última dimensão do princípio da proporcionalidade propõe que o benefício criado com a medida deva superar o ônus imposto aos direitos dos cidadãos.

Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de “medida” ou “desmedida” para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim³⁹.

Verifica-se o custo-benefício da medida, isto é, faz-se uma ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos⁴⁰.

Consoante Pierre Muller, citado por Paulo Bonavides⁴¹ haverá violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que a desproporção entre os meios e fim for particularmente evidente.

Mais uma vez continuando no exemplo anterior, se a medida de fornecer o medicamento importado pelo Poder Público for adequada (porque o remédio é eficaz contra o mal) e necessária (porque não há outro remédio com a mesma eficácia) resta observar se a medida é proporcional em sentido estrito.

Para se pesquisar este último elemento, deve-se avaliar se o bem a ser beneficiado (saúde) prevalece frente ao ônus a ser suportado (prejuízo financeiro do ente estatal e seus conseqüentes). Nesse caso deve ser feito um levantamento percuciente sobre o impacto que a medida trará para a coletividade, para poder contrapesar com a vantagem colhida. Não sendo possível, neste artigo, elaborar um estudo aprofundado, desenvolve-se a análise de maneira perfunctória: a medida de fornecimento de medicamento importado pelo ente público será desproporcional quando a utilização de recursos públicos para cumprir a ordem judicial gerar um benefício menor que o sacrifício que a sociedade se submeterá (ponderação de interesses). Assim, se a efetivação da medida implicar, “*verbi gratia*”, a interrupção do fornecimento de outros medicamentos à população em geral, ocasionando prejuízos à saúde pú-

39 CANOTILHO, Op. Cit., p. 270.

40 CAMPOS, Op. Cit., p. 29.

41 BONAVIDES, Op. Cit., p. 393.

blica (CRFB/88, 6º), a medida será tida por desproporcional. Visto que, após uma simples ponderação, não haveria como decidir pela restrição da saúde pública, com o objetivo de beneficiar a saúde de um único indivíduo. Nessa hipótese, concluir-se-ia que o **ônus** criado com a restrição dos direitos fundamentais dos cidadãos supera o **benefício** pretendido com o resultado. “Id est”, no sopesamento da proporcionalidade em sentido estrito, seria inevitável a ilação pela desproporcionalidade da medida.

Diferentemente, se o custo para a sociedade não for mais elevado do que o benefício a ser alcançado com a concretização da medida, poder-se-ia concluir pela proporcionalidade em sentido estrito da medida, e, por conseguinte, pela conclusão final de que a medida seria **proporcional**, uma vez que foi considerada adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

5 Conclusão

A técnica da proporcionalidade, apesar de não encontrar fundamento expresso em dispositivo constitucional, decorre logicamente da estrutura dos direitos fundamentais como princípios jurídicos e tem se tornado cada vez mais presente no Direito brasileiro.

É composta pelos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade “stricto sensu” e deve ser utilizada por todos os Poderes Constituídos sempre que for realizar um ato público.

A sua aplicação, contudo, não vem sendo feita de forma metódica. O próprio Supremo Tribunal Federal, em alguns casos, apesar de sustentar que a regra da proporcionalidade tem “fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais”⁴², utiliza-a de forma imprecisa (como sinonímia de razoabilidade) e não coerente, pois ignora a metodologia que lhe é própria (estudo dos subprincípios).

42 Lex-STF 237, 304 [309].

O princípio da proporcionalidade somente será aplicado com perfeição quando, ao adotar uma medida, for perquirido se a medida é apta para promover o objetivo pretendido, ainda que de modo parcial; se este é o meio menos gravoso para os direitos do cidadão dentre alternativas do mesmo modo eficazes; e se a vantagem que a medida irá trazer supera o prejuízo que acarretará para a sociedade.

A correção da medida desproporcional cabe ao próprio Poder do qual emanou o ato, ou ao Poder Judiciário, que deverá ser invocado sempre que um ato for inadequado, desnecessário ou se ele estiver prejudicando mais do que beneficiando o bem jurídico. A incorreta utilização do sistema da proporcionalidade acarreta medidas desproporcionais, ou seja, injustas. Deixar de tirar proveito do princípio em estudo significa reservar lugar para que as injustiças, disfarçadas de legalidade, prevaleçam.

Desse modo, afigura-se imprescindível que os operadores do Direito apliquem de forma correta o “princípio dos princípios”, permitindo, assim, a melhor realização do fim constitucional e dos direitos fundamentais.

Systematic application of the proportionality principle in order to protect fundamental rights

Abstract

The technique of proportionality allows the fulfillment of justice in a concrete case, even when the Law is not explicit about the matter in discussion. That enables more effectiveness to the constitutional tenet and the fundamental rights. Despite its unmistakable prestige and importance to the Law, the systematic application of the principle is often ignored. This article intends to show the great value

of the principle of the principles and the relevance of its orderly application, discoursing about history, terminology, concept, comparison with the principle of reasonableness, application, and elements.

Key-words: Proportionality principle. Fundamental rights.

Referências

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARROS, Suzana Toledo de. **O Princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de Direitos Fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição.** São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade No Direito Constitucional. In: **CADERNOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL E CIÊNCIA POLÍTICA**, São Paulo, p. 65-78., n. 23, abr./jun., 1998.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien: Die unterscheidung von prima facie-position und definitiver position als fundamentaler konstruktionsgrundsatz der grundrechte.** Baden-Baden: nomos, 1998.
- CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da Proporcionalidade: A ponderação dos direitos fundamentais. In: **CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO POLÍTICO E ECONÔMICO**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 23-32, 2004..

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2002.
- CORWIN, Edward Samuel. **The Constitution and what it means today.** New Jersey: Princetown University Press, 1978.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais.** São Paulo: RT, 2002.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (organizadores). **Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides.** São Paulo: Malheiros, 2001.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional.** Fortaleza: UFC – Imprensa Universitária, 1989.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil.** Disponível: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=701>. Acesso em: 10 jun.2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDONÇA, Jacy de Souza. **O Curso de Filosofia do Direito do Professor Armando Câmara.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma Teoria dos Princípios: O Princípio Constitucional da Razoabilidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável, **Revista dos Tribunais**, n. 798, abr. 2002.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TRIDIMAS, Takis. **The general principles of eu law.** Oxford: University Press, 2007.

Referência deste artigo

CARVALHO, Júlio Azzi Aprígio de. Aplicação sistemática do princípio da proporcionalidade na defesa dos direitos fundamentais. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 353-372, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

Há supedâneo jurídico plausível para exigência prévia da "atividade jurídica" nos concursos públicos de juiz substituto?^{1*}

Leonardo Sales de Aguiar

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP).
Pós-Graduado em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Des. Cláudio Américo de Miranda - ESMape. Advogado

Resumo

O tema proposto concerne à Resolução nº 11/2006 do Conselho Nacional de Justiça e ao critério da atividade jurídica para ingresso na Magistratura nacional. Assim, almejou-se constatar a validade da referida norma infraconstitucional, ao tratar do novel requisito para ingresso no cargo de juiz substituto. Para tanto, utilizou-se artigos científicos publicados em periódicos e produzidos notadamente na área jus constitucionalista, bem como se procedeu à análise das decisões judiciais proferidas pelas mais altas Cortes do

país. Ao final, verificou-se que, sem qualquer supedâneo jurídico plausível, ao exigirem, com base em interpretações equivocadas do texto constitucional e na Resolução nº 11/06, o critério da atividade jurídica para ingresso na magistratura nacional, padecem os Tribunais, inexoravelmente, de vício de inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Resolução nº 11/06, do CNJ. Atividade jurídica. Concurso Público. Juiz Substituto.

¹ Excerto da monografia final de curso de Pós-Graduação em Direito Público, realizado pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE), aprovada com louvor e recomendada à publicação em julho de 2008.

Introdução

Há tempos se almeja a reformulação do sistema judiciário nacional, a fim de propiciar mais eficiência, transparência e agilidade no exercício de seu mister.

Com esse intuito, no início da década de 90, fora proposta reforma constitucional na estrutura do Poder Judiciário, vindo a ser promulgada ao final do ano de 2004, a qual se denominou “Reforma do Judiciário”. Dentre as suas grandes modificações, destaca-se a criação do Conselho Nacional de Justiça (art. 92, inciso I-A) e da exigência do requisito da **atividade jurídica** para ingresso na carreira de juiz substituto (art. 93, I), com o fito de selecionar melhor os candidatos ao exercício da profissão jurisdicional que carecem não somente de conhecimentos teóricos, mas de prática e maturidade. Desde o seu surgimento, o requisito veio gerando grande polêmica no universo jurídico, sobretudo entre os recém bacharéis em direito que almejavam, de imediato, o ingresso na magistratura.

Diante disso, inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais foram sendo criadas a respeito da matéria, especialmente no que concerne (i) à real abrangência da atividade jurídica, (ii) ao termo *a quo* de sua contagem e (iii) ao momento de sua comprovação.

No início de 2006, através de seu Poder Normativo, o Conselho editou Resolução nº 11, que regulamentou o critério da *atividade jurídica*, a fim de (tentar) diluir as querelas existentes acerca da matéria. Entretanto, passou-se a discutir junto ao STF a validade do referido ato normativo e, paralelamente, descobrir qual o real intuito do constituinte reformador ao criar tal requisito.

Algumas foram as decisões proferidas nas mais altas Cortes do país referentes ao assunto, havendo os Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, ora se posicionado num

sentido, ora em outro paradoxalmente oposto, até que viesse desaguar no atual e predominante entendimento – que se observará no transcorrer desta obra.

Assim, com o desenvolvimento do presente trabalho, busca-se verificar se o exercício do Poder Normativo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) se apresenta, atualmente, em consonância com o dispositivo constitucional, notadamente no que tange à sua Resolução nº 11/2006, que regulamentou o critério da atividade jurídica. E mais, pretende-se constatar, no intuito do legislador constituinte derivado, qual a real abrangência e definição desse critério a ser exigido para ingresso na magistratura nacional. Em suma, há supedâneo jurídico plausível para exigência prévia da “atividade jurídica” nos concursos públicos de juiz substituto?

1 Do requisito da “atividade jurídica” para ingresso na magistratura nacional

A **atividade jurídica** é um requisito inserido no novel art. 93, inciso I, da CF/88 (EC nº 45/04), a ser exigido dos futuros magistrados do país quando do ingresso no cargo de juiz substituto (estadual, federal ou trabalhista).

Com a inserção desse requisito para a magistratura nacional, buscaram os constituintes reformadores limitar o acesso de bacharéis em direito recém formados que, embora exaltessem conhecimento teórico, ainda não possuíam experiência necessária ao exercício da função jurisdicional. Assim, e de forma apropriada, ao instituir um lapso mínimo para ingresso no cargo, os parlamentares farão com que os novos magistrados assumam seus difíceis encargos com um pouco mais de maturidade, técnica e prática.²

² AGUIAR, Leonardo Sales de. Da inconstitucionalidade da Resolução nº 11/2006 do CNJ, ao tratar da matéria prevista no art. 93, I, da CF/88: uma análise acerca do momento de exigência do triênio de atividade jurídica para concurso de juiz. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 945, 3 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7912>>. Acesso em: 17 set. 2007.

Por oportuno, mister ressaltar que, visto se apresentar como um conceito jurídico indeterminado, vago e incerto, o próprio *caput* do artigo 93, da CF, determina que Lei Complementar terá a competência para regulamentá-lo. Com a promulgação dessa dita norma infraconstitucional, e somente assim, atribuir-se-á eficácia plena e aplicabilidade ao termo, além, por óbvio, de conferir segurança jurídica aos candidatos e organizadores de concursos públicos para a magistratura.³ Acerca disso, Alexandre Sturion de Paula, de forma bastante coerente, entende que:

Em um país das lacunas e brechas jurídicas, a **crystalização da noção da expressão “atividade jurídica” mereceria a positivização legal**, para findar dúvidas existentes e evitar que o judiciário se assoberbe com Mandados de Segurança em torno da questão em caso de candidatos que se achem lesados pela má interpretação da vigente EC 45/04.⁴ (grifos nossos)

Contudo, antes da promulgação da mencionada legislação (que, *in casu*, seria o novel Estatuto da Magistratura), o CNJ se antecipou e, de forma **inconstitucional**, regulamentou o critério da atividade jurídica para ingresso na magistratura nacional por meio da Resolução nº 11/2006. Hodiernamente, nenhuma outra norma legal⁵ no sistema jurídico pátrio tratou desse requisito a fim de conceituá-lo, defini-lo e exemplificá-lo. Portanto, ainda sem qualquer eficácia se encontra o art. 93, I, da CF/88, quanto à exigência do requisito da atividade jurídica, até que sobrevenha respectiva legislação complementar.

A doutrina, por sua vez, desde a promulgação da EC nº 45/04, e mais incisivamente com a publicação da Resolução nº 11/2006, veio

3 SOUZA, Thiago Litwak Rodrigues de. A Emenda Constitucional nº 45 e as implicações no âmbito do Ministério Público. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 839, 20 out. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7441>. Acesso em: 11 jan. 2008.

4 PAULA, Alexandre Sturion de. Noção e contextualização da expressão “atividade jurídica”. Inovação da EC nº 45/04 para ingresso na Magistratura e Ministério Público. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 911, 31 dez. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7725>. Acesso em: 13 jan. 2008.

5 Neste caso, referem-se às disposições normativas primárias, contidas no art. 59, da CF/88, posto que, além a Resolução do CNJ, existe ainda a inconstitucional Resolução Administrativa nº 907/2002, do TST, alterada pela nº 1.046/2005. Vide ainda Resoluções nºs 04/2006 e 29/2008 do Conselho Nacional do Ministério Público.

contribuindo com a discussão acerca de tal critério e, paulatinamente procurou conceituá-lo e exemplificá-lo, até que sobreviesse a respectiva lei complementar.

Para Georgenor de Souza Franco Filho, “atividade jurídica [necessariamente] não significa exercício da advocacia, mas função compatível com a formação do bacharel ou futuro bacharel”⁶. No mesmo sentido, Alexandre Sturion de Paula afirma:

[...] podemos concluir que sequer é exigido o exercício da advocacia, ou seja, não é necessário ser advogado para ingressar nas carreiras jurídicas em tela. Não fosse esta a interpretação, teria o constituinte revisor feito expressar que tal ingresso dependeria de no mínimo três anos de exercício de advocacia, em outras linhas, significa dizer que o servidor público, que seja bacharel em Direito, que tenha três anos de “atividade jurídica” poderá ingressar nas carreiras em comento.⁷

Destarte, o conceito de *atividade jurídica*, pois, no interesse do constituinte reformador, não se limita exclusivamente ao exercício da advocacia, mas se estende a todas as atividades, cargos e funções exercidas cotidianamente pelo candidato e que careçam de preponderantes conhecimentos jurídicos.

Mais adiante, o mesmo autor ainda acrescenta que, desta forma, advogados, delegados, policiais, serventuários da Justiça, pesquisadores, consultores, assessores parlamentares e outros profissionais estariam plenamente capacitados ao preenchimento do requisito da atividade jurídica exigido para ingresso na Magistratura ou no Ministério Público, com as novas exigências constitucionais trazidas pela EC 45/04.⁸

6 FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. O triênio de atividade jurídica exigido pela EC nº 45. **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, n. 02, p. 135-138, fev. 2006.

7 PAULA, Alexandre Sturion de. Noção e contextualização da expressão “atividade jurídica”. Inovação da EC nº 45/04 para ingresso na Magistratura e Ministério Público. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 911, 31 dez. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7725>. Acesso em: 13 jan. 2008.

8 PAULA, Alexandre Sturion de. Noção e contextualização da expressão “atividade jurídica”. Inovação da EC nº 45/04 para ingresso na Magistratura e Ministério Público. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 911, 31 dez. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7725>. Acesso em: 13 jan. 2008.

Há de se ressaltar, por oportuno, que a *atividade jurídica* não apenas é aquela exercida em cargo privativo de bacharel em direito (delegados, defensores públicos, procuradores públicos, docentes jurídicos etc.), mas a que, executada por bacharel em direito, necessita de copioso conhecimento jurídico, ainda que o cargo não exija habilitação jurídica. Por exemplo, o caso de escrivães e agentes de polícia, chefes e diretores de secretarias judiciárias que, apesar de não necessitarem de graduação em direito, se a tiverem, contarão como tempo de atividade jurídica. De forma semelhante se encontra um Auditor da Fazenda (cujo cargo exige diploma em qualquer graduação superior), e, posteriormente, vem a concluir também o bacharelado em direito. Com esta última graduação, e transcorridos a partir dela um triênio, preenchido estará o requisito do art. 93, I, da CF/88.

Assim, exercem atividade jurídica todos aqueles profissionais que labutam nos fóruns e tribunais (serventuários da justiça, advogados, membros do MP e da magistratura) e ainda os que, apesar de lá não laborarem, possuem notórios conhecimentos jurídicos.

A *atividade jurídica*, portanto, é um requisito amplo a ser exigido dos bacharéis em direito exclusivamente nos concursos públicos para a Magistratura (art. 93, I, da CF) e Ministério Público (art. 129, §3º, da CF), com o fito de selecionar candidatos não somente com bagagem teórica, adquirida nas universidades, mas com experiência profissional, maturidade e vivência social. Com isso, a norma constitucional passou a contribuir com a persecução do princípio da eficiência dos serviços públicos (art. 37, da CF/88 – EC nº 19/98) a serem prestados por esses futuros magistrados e membros do MP do país.

1.1 Atividade jurídica versus prática forense

Consoante se verá adiante, *atividade jurídica* não se confunde com *prática forense*, ainda que os tribunais superiores pátrios as utilizem como sinônimas.⁹

A *atividade jurídica* ainda é um conceito jurídico indeterminado¹⁰, porquanto inexistente norma complementar regulamentadora a respeito. Contudo, induz-se do texto constitucional que tal requisito deve ser entendido não meramente no sentido de se limitar, de se vedar, por si só, o acesso de jovens candidatos à magistratura. Mas, de exigir que eles possuam um tempo mínimo-razoável de experiência, maturidade e conhecimento prático, aos quais se deu o nome de “atividade jurídica”, a fim de que possam exercer com mais eficiência e competência a judicatura.

Já o termo *prática forense*¹¹ é definido no §1º, do art. 26, da Lei Complementar nº 80/94, “como o exercício profissional de consultoria, assessoria, o cumprimento de estágio nas Defensorias Públicas e o desempenho de cargo, emprego ou função, de nível superior, de atividades eminentemente jurídicas”.

No mesmo sentido, o STJ, em reiteradas decisões, esclareceu que este último termo, também expressamente previsto no §2º, do art. 21, da Lei Complementar nº 73/93, deve ser:

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. **PRÁTICA FORENSE**. Na espécie, insurgiram-se os recorrentes porque o edital do concurso público para ingresso na magistratura de carreira estadual exigiu a comprovação de **prática de atividade jurídica** no momento da inscrição, contrariando o enunciado da Súmula n. 266-STJ, que prevê a comprovação no momento da posse. [...] RMS 21.426-MT. Relator: Min. Felix Fischer. Data do julgamento: 14/2/2007.

¹⁰ HERTEL, Jaqueline Coutinho Saiter. A Emenda Constitucional nº 45 e a Reforma do Judiciário. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 844, 25 out. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7465>. Acesso em: 13 jan. 2008. “Esta expressão [atividade jurídica] encontra-se marcada por um alto grau de subjetividade, já que consiste num conceito indeterminado, que merece especificação.”

¹¹ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. São Paulo: Rideel, 1995. p. 327. **Forense** é aquilo “que pertence ao foro judicial ou nele é usado. Relativo a juízes e tribunais.”

[...] interpretado de **forma ampla**, de modo a compreender não apenas o exercício da advocacia e de cargo no Ministério Público, Magistratura ou outro qualquer privativo de bacharel em direito, como também as atividades desenvolvidas perante os Tribunais, os Juízos de primeira instância e até estágios nas faculdades de Direito, doadoras de experiência jurídica.¹²

Para Alexandre Nery de Oliveira¹³, membro da Comissão de Estudos da AMB para o novo Estatuto da Magistratura, *atividade jurídica* é gênero da qual *prática jurídica* é espécie. Aquela, portanto, é bem mais ampla que esta.

Entende-se, contudo, que a amplitude da *atividade jurídica* se encontra presente na gama de atribuições jurídicas que podem preencher o requisito, desde que contado a partir da colação de grau. Assim, a *atividade jurídica* não apenas é aquela exercida pelo profissional “X” ou “Y”, ou aquela exercida exclusivamente nos fóruns e tribunais, mas toda a efetivada por profissional jurídico que, independentemente de ter ou não o cargo privativo de bacharel em direito, exija notórios conhecimentos jurídicos.

A *prática forense*, por sua vez, é apenas aquela obtida pelo exercício de atribuições rotineiras, praticadas por acadêmicos ou bacharéis em direito, com exclusividade nos fóruns e tribunais, seja como estagiário de direito, serventuário da justiça, advogado público ou privado, ou membro do ministério público ou da magistratura.

Verifica-se, ainda, que a **atividade jurídica** é um requisito a ser contado (somente) a partir da conclusão da graduação em direito e exigido apenas nos concursos públicos para a Magistratura nacional (art. 93, I, da CF) e Ministério Público (art. 129, §3º, da CF). Enquanto que a **prática forense** – a ser contada desde o início da graduação em direito

12 MS nº 6742/DF. Rel. Ministro Hamilton Carvalhido (23/08/2000).

13 OLIVEIRA, Alexandre Nery de. Comentários à reforma do Judiciário (VI). Poder Judiciário e magistratura. Jus Navigandi, Teresina, a. 11, n. 1391, 23 abr. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9776>. Acesso em: 12 jan. 2008.

– pode ser exigida como requisito para ingresso nos demais cargos públicos jurídicos, sobretudo nas carreiras da Advocacia Geral da União (§2º, do art. 21, da LC nº 73/93) e da Defensoria Pública da União (§1º, do art. 26, da LC nº 80/94).

1.2 Do momento da contagem da atividade jurídica e da sua comprovação

Inicialmente, cumpre destacar a existência de dois polêmicos momentos referentes à atividade jurídica: (i) um concernente à ocasião a partir da qual deverá ser contada; e (ii) outro, no que diz respeito à oportunidade em que o candidato deverá comprová-la no concurso público.

Para o primeiro caso, mister definir qual o momento a partir do qual deverão ser contados, computados, contabilizados os atos que se enquadram e, portanto, serão próprios de atividade jurídica: durante o curso de bacharelado em direito ou somente após sua colação?

Em que pese alguns autores¹⁴, como Danilo Andreato, defendem que a atividade jurídica é um requisito a “ser entendido em sentido amplo [...], cuja idéia é computar como tal toda aquela realizada em períodos anterior e posterior à colação de grau”¹⁵, observa-se que, indubitavelmente, infere-se do texto constitucional que a atividade jurídica é um requisito a ser contado **somente a partir da colação de grau**, com a conclusão do curso de bacharelado em direito. Porquanto, o ingresso na carreira de magistrado será realizado mediante concurso de provas e títulos, “exigindo-se do **bacharel em direito**, no mínimo, três anos de

14 FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. O triênio de atividade jurídica e a Resolução nº 11 do CNJ. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 08, p. 915-919, ago. 2006. “[...] entendo que deve ser computado nesse período o tempo em que o candidato foi provisionado ou estagiário que tenha prestado estágio forense oficial ou reconhecido pela Ordem dos Advogados do Brasil [...]”

15 ANDREATO, Danilo. A ilegitimidade do CNJ para regulamentar a atividade jurídica e outras críticas. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, a. X, n. 224, p. 56-60, 15 maio 2006.

atividade jurídica” (art. 93, I, da CF). Ora, o triênio da atividade jurídica será exigido do bacharel em direito, e não do mero candidato ao cargo de juiz substituto, que poderia ou não já haver concluído o curso. Assim, a atividade jurídica se apresenta como um critério a ser computado exclusivamente a partir da colação de grau.

Outrossim, incabível seria que a atividade jurídica fosse uma limitação a ser contada antes da colação de grau, vez que, naturalmente, a grande maioria deles (senão todos), quando concluísem o curso de bacharelado, já haveriam computado cerca de cinco anos do requisito, posto que este é o período de duração do curso no país e muitos acadêmicos estagiam durante todo o seu desenvolvimento. Se assim fosse, portanto, o art. 93, I, da CF, no que tange à atividade jurídica, seria letra morta e sem qualquer utilidade jurídica, que, sem qualquer dúvida, não é esta a pretensão do legislador.

Em segundo plano, tem-se que aferir qual o momento, do concurso público para magistratura, em que o candidato ao cargo de juiz substituto deverá comprovar a atividade jurídica: na **inscrição preliminar**, na **inscrição definitiva**, após a **homologação do concurso**, na **posse do cargo** ou em outro momento?

A grande maioria da doutrina defende que a atividade jurídica é um requisito a ser comprovado no ato da posse do candidato ao cargo de juiz substituto, já que a própria Constituição Federal, através da modificação trazida pela EC nº 45/04, passou a determinar que “Lei complementar [...] disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - **ingresso na carreira**, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica [...]”. Ora, Lei Complementar deverá dispor sobre o ingresso na magistratura e, nesta oportunidade, exigir-se-á do candidato aprovado o triênio da atividade jurídica. Resta saber, portanto, quando ocorre o **ingresso** em cargo público?

Os cargos públicos, consoante contido no art. 37, da CF/88, são preenchidos por concursos públicos, momento em que os pretendentes são, apenas, candidatos e, portanto, ainda não ingressaram no serviço público. Após a aprovação em todas as fases do certame, passam a ter expectativa de direito¹⁶, ou seja, têm o direito de aguardar a respectiva **nomeação** (art. 8º, inciso I, da Lei nº 8.112/90) ao cargo público, que deverá ocorrer se for interessante e conveniente para a Administração. Nomeado, e se ainda lhe interessar, o candidato terá um prazo de 30 (trinta) dias para tomar **posse** (§1º, do art. 13, da Lei nº 8.112/90), oportunidade em que, efetivamente, haverá ingressado na magistratura nacional. Em seguida, apenas resta ao candidato aprovado **entrar em exercício** (art. 15, da Lei nº 8.112/90) e começar a desempenhar sua função judicante. Com isso, percebe-se que o ingresso na carreira de juiz ocorre com a **posse do candidato ao cargo público**¹⁷, posto que, antes deste momento, ainda é apenas candidato ao cargo, sendo-lhe facultado assumir ou não o ofício público. E se o ingresso na magistratura ocorre com a posse¹⁸, esta deverá ser o momento em que atividade jurídica deverá ser comprovada.

Como a *prática forense*, a *atividade jurídica* é um requisito a ser exigido para o exercício do cargo e não apenas para participar do concurso. A qualquer pessoa, seja acadêmico ou bacharel em direito, deve-se possibilitar a participação em concurso público, ao menos por experiência, em razão do princípio constitucional do amplo acesso aos cargos públicos. Enquanto que, para o ingresso na carreira, deverão ser comprovados os requisitos legais necessários para o exercício do cargo – desta forma, inclusive, entendeu o STJ ao editar a Súmula nº 266¹⁹.

¹⁶ Atualmente, já há precedentes do STJ sustentando que a aprovação em concursos públicos, dentro do número de vagas, gera direito subjetivo do candidato à nomeação, e não mais mera expectativa de direito. Vide: RMS 19.467/SP (16/09/2008); RMS 26.507/RJ (18/09/2008).

¹⁷ Art. 7º, da Lei nº 8.112/90: “a investidura em cargo público ocorrerá com a posse”.

¹⁸ No mesmo sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro. A prática de “atividade jurídica” nos concursos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coords.). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005. p. 157. “[...] o requisito deve ser exigido quando da posse e não quando da inscrição no concurso [...]”.

¹⁹ Confira o **item 2.2** deste trabalho.

Nesse diapasão, confira o que escrevemos, poucos dias após a publicação da famigerada Resolução nº 11/06, do CNJ, de forma bastante incipiente e sucinta, sobretudo diante dos parâmetros e fundamentos científicos que na época dispúnhamos acerca da matéria:

[...] a exigência de comprovação da habilitação legal prevista no art. 93, I, da CF/88, tem pertinência com o desempenho da função jurisdicional a ser eventualmente desempenhada pelo candidato aprovado, não com a inscrição em concurso para o provimento do cargo de juiz, sendo, pois, forçoso concluir que somente no ato da **posse** a comprovação desse requisito se faz necessária.²⁰ (grifos nossos)

De forma semelhante, Walber de Moura Agra, ressalta:

A novidade trazida pela Emenda nº 45 foi de exigir do bacharel em direito, como requisito inexorável para o ingresso na Magistratura ou no Ministério Público, a comprovação do exercício de três anos de atividades jurídicas. **Tal interstício somente poderá ser exigido quando da posse porque a exigência é para o exercício dos mencionados cargos e não para a inscrição em concurso público**, consoante entendimento perfilado pelo Enunciado 266 do Superior Tribunal de Justiça [...].²¹ (grifos nossos)

Mais adiante, o mesmo autor ainda acrescenta que “tornar esse requisito exigível quando da inscrição no concurso, ou em qualquer outra etapa que não a posse, seria criar uma obrigatoriedade que não está prevista em lei, cerceando o conteúdo disposto na Reforma”²².

20 AGUIAR, Leonardo Sales de. Da inconstitucionalidade da Resolução nº 11/2006 do CNJ, ao tratar da matéria prevista no art. 93, I, da CF/88: uma análise acerca do momento de exigência do triênio de atividade jurídica para concurso de juiz. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 945, 3 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7912>>. Acesso em: 17 set. 2007.

21 AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 420.

22 *Ibid.* Loc. cit.

Danilo Andreato, ao esclarecer que a atividade jurídica é um requisito a ser comprovado no ato da posse do respectivo cargo público, ressaltou:

Interessa que o candidato ao posto público esteja apto a nele ser investido na ocasião do efetivo ingresso na carreira, que se dá mediante a posse, nos termos do art. 7º da Lei nº 8.112/90 [...]. Tanto é que o art. 93, I, da CF exige, como requisito de ingresso na carreira da magistratura – e não para participar do concurso, seja em que etapa for –, o lapso temporal de, no mínimo, três anos de atividade jurídica.²³

De forma análoga, Georgenor de Sousa Franco Filho, sustenta que a comprovação da atividade jurídica deve ocorrer no ato da **posse**, posto que este é o momento em que ocorre “a concretização efetiva do resultado homologado e da nomeação efetuada”, ao passo que a “homologação do concurso seria condicional” e, portanto, no ato da posse o candidato comprovaria o requisito constitucional, sob pena de não ingressar na magistratura.²⁴ Este é, pois, o entendimento mais coerente e consonante com o texto constitucional.

Como visto, indubitavelmente, a intenção do legislador constituinte é de que o requisito da atividade jurídica para ingresso na carreira da magistratura seja contado a partir da colação de grau em curso de bacharelado em direito e que a mesma seja comprovada, apenas, no ato da posse. É assim é que deve ocorrer. Qualquer disposição legal ou ato normativo que a regule em sentido contrário, deverá ser expurgado do ordenamento jurídico pátrio por patente vício material²⁵ de inconstitucionalidade.

23 ANDREATO, Danilo. A ilegitimidade do CNJ para regulamentar a atividade jurídica e outras críticas. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, a. X, n. 224, p. 56-60, 15 maio 2006.

24 FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. O triênio de atividade jurídica e a Resolução nº 11 do CNJ. **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, n. 08, p. 915-919, ago. 2006.

25 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005. p. 95-96.

1.3 Na Resolução nº 11, do CNJ, de 31 de Janeiro de 2006

Além de instituir o CNJ, com a promulgação da EC nº 45/04 se criou ainda o termo jurídico indeterminável “atividade jurídica”, vejamos:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de **atividade jurídica** e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) [...]

No entanto, desde a reforma constitucional até o início do ano de 2006, ante à ausência de norma infraconstitucional que regulasse a matéria, juristas e magistrados do país suscitaram as mais variadas teses a fim de definir tal instituto e possibilitar a realização de concursos públicos para cargo de juiz substituto. Todavia, somente em 31/01/2006, o CNJ, através de seu Presidente, o Conselheiro Nelson Jobim, na 12ª Sessão Ordinária, antecipou-se à promulgação do novo Estatuto da Magistratura (LOMAN) e editou a Resolução nº 11, que regulamentou o critério de atividade jurídica para concurso público de ingresso na carreira da magistratura nacional e deu outras providências.

Por meio dessa resolução, de natureza administrativa, o Conselho determinou que para os efeitos do artigo 93, I, da CF/88, somente seria computada a atividade jurídica a partir da colação de grau de bacharel em Direito (art. 1º). Anteriormente, muitos defendiam que, tal como a “prática forense”, a atividade jurídica poderia ser contada durante o curso de graduação em Direito. Porém, o CNJ, de plano, rejeitou esta

tese e esclareceu que somente seria contada a atividade jurídica a partir da colação de grau no curso de Direito.

Em seu art. 2º, a Resolução nº 11 definiu o termo “atividade jurídica” e assim proclamou:

Considera-se **atividade jurídica** aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito, bem como o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico, vedada a contagem do estágio acadêmico ou qualquer outra atividade anterior à colação de grau. (grifos nossos)

Mais adiante (art. 3º), o CNJ admitiu ainda no cômputo desse período de atividade jurídica os cursos de pós-graduação (*lato* ou *stricto sensu*) na área jurídica reconhecidos pelas Escolas Nacionais de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (art. 105, parágrafo único, I, e o art. 111-A, §2º, I, ambos da CF/88), ou pelo Ministério da Educação (MEC), desde que integralmente concluídos com aprovação.

A comprovação da atividade jurídica exercida por meio de cursos de pós-graduação seria comprovada pelo respectivo diploma ou certificado de conclusão do curso. Quanto à exercida através de cargos, empregos ou funções **não** privativos do bacharel em Direito, no entanto, dever-se-ia ocorrer por meio de certidão circunstanciada, expedida pelo órgão competente, descrevendo, minuciosamente, a prática reiterada de atribuições de caráter eminentemente jurídica (art. 4º).

Ainda, o art. 5º da mencionada resolução determinou que a comprovação do período de atividade jurídica fosse efetivada na ocasião da inscrição definitiva no concurso. Hodiernamente, as comissões organizadoras dos concursos públicos para magistratura e Ministério Público estão optando por distribuir a inscrição do candidato em dois momentos: em uma fase preliminar; e outra, posteriormente, na inscrição definitiva. A inscrição preliminar do candidato aos aludidos cargos, na

prática, ocorre quando manifesta, pouco tempo após a publicação do edital, que deseja participar das primeiras fases do certame. A inscrição definitiva, por sua vez, é aquela que deve ocorrer, em sua grande maioria, quando o candidato é aprovado em todas as primeiras fases do certame e, portanto, requer sua inscrição definitiva para poder ser submetido à avaliação de títulos (de caráter exclusivamente classificatório) e à sindicância da vida pregressa, que, na prática, são os momentos finais do concurso público.²⁶

O CNJ ainda proibiu que os professores que exercem atividade de magistério em cursos formais ou informais voltados à preparação de candidatos a concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura integrassem a comissão do certame e banca examinadora até três anos após cessar a referida atividade de magistério (art. 6º). No entanto, ao desta forma dispor, agiu, mais uma vez, em inconstitucionalidade, posto que criou uma proibição que o texto constitucional não havia previsto. O CNJ, extrapolou, pois, ainda mais, as suas atribuições, já que ninguém pode ser obrigado a deixar de fazer algo, senão em virtude de lei.

Após a publicação desta Resolução nº 11/06, criou-se um grande celeuma no mundo jurídico, sobretudo entre os pretensos candidatos a concurso da magistratura e as comissões organizadoras dos concursos. Pois, o art. 93, I, da CF/88, ressalta que “**Lei complementar**, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura” (grifos nossos) e, nela, deverá conter, conceituar e dispor sobre o requisito do triênio da atividade jurídica para ingresso na carreira de magistrado.

Ocorre que, como visto, o que atualmente define o termo “atividade jurídica” é uma resolução do CNJ e, portanto, ato normativo de natureza eminentemente administrativa, e proferido por um órgão carecedor de poder legiferante, já que integrante do próprio Judiciário pátrio.

²⁶ Por se apresentar como uma discricionariedade da Administração *lato sensu*, alguns editais de concursos, excepcionalmente, optam por colocar a inscrição definitiva antes da **prova oral** e de títulos.

Acerca disso, Danilo Andreato ressalta que:

O CNJ **não** tem competência para regulamentar a atividade jurídica, pois ao fazê-lo, extrapolou o que lhe cabia. O CNJ é tão ilegítimo para regulamentar o que se compreende por atividade jurídica quanto as comissões de concurso da magistratura, que o fazem por intermédio de editais. **Logo, trata-se de violação ao princípio da legalidade, uma vez que a Lei Maior não cometeu ao CNJ a função de regulamentar o seu art. 93, I, mas sim, em caráter inicial, ao STF, por meio de lei complementar.**²⁷ (grifos nossos)

Mais na frente, o mesmo autor ainda acrescenta:

[...] enquanto não houver Estatuto da Magistratura estabelecido por lei complementar e o STF ainda não tiver se posicionado frente às pretensas regras fixadas pelo CNJ sobre os variados fatores derivados do triênio mínimo de atividade jurídica, a Resolução n. 11 deve ser entendida como recomendação para aqueles que intencionam aplicá-la de imediato e de alguma forma. E, ainda assim, **uma recomendação pouco recomendável**, pois se for seguida de olhos vendados, na tentativa de agir como Themis, fatalmente conduzirá a um precipício jurídico de inobservâncias principiológicas.²⁸ (grifos nossos)

Lenio Luiz Streck, Ingo Wolfgang Sarlet e Clèmerson Merlin Clève, em importante e fundamentada publicação acerca da matéria, destacaram que:

[...] parece um equívoco admitir que os Conselhos possam, mediante a expedição de atos regulamentares (na especificidade, resoluções), substituir-se à vontade geral (Poder Legislativo) e tampouco ao próprio Poder Judiciário, com a expedição, por exemplo, de “medidas cautelares/liminares”. Dito de outro modo, a leitura do texto constitucional não dá azo a tese de que o constituinte derivado tenha “delegado” aos

²⁷ ANDREATO, Danilo. A ilegitimidade do CNJ para regulamentar a atividade jurídica e outras críticas. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, a. X, n. 224, p. 56-60, 15 maio 2006.

²⁸ ANDREATO, Danilo. A ilegitimidade do CNJ para regulamentar a atividade jurídica e outras críticas. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, a. X, n. 224, p. 56-60, 15 maio 2006.

referidos Conselhos o poder de romper com o princípio da reserva de lei e de reserva de jurisdição.²⁹

E, mais na frente, ainda sustentaram:

No Estado Democrático de Direito, é inconcebível permitir-se a um órgão administrativo expedir atos (resoluções, decretos, portarias, etc.) com força de lei, cujos reflexos possam avançar sobre direitos fundamentais, circunstância que faz com que tais atos sejam ao mesmo tempo legislativos e executivos, isto é, como bem lembra Canotilho, a um só tempo “leis e execução de leis”.³⁰

Quando a EC nº 45/04 outorgou ao CNJ o Poder Normativo para editar resoluções, não significa que com isso lhe concedeu a arbitrariedade irrestrita para tais regulamentações. Há de se observar o limite imposto constitucionalmente, sendo-lhe vedado, portanto, inovar no ordenamento jurídico nacional, sob pena de se imiscuir nas funções legislativas.

No mesmo sentido, e para arrematar, os mesmos autores asseveraram:

Portanto, as resoluções que podem ser expedidas pelos aludidos Conselhos não podem criar direitos e obrigações e tampouco imiscuir-se (especialmente no que tange à restrições) na esfera dos direitos e garantias individuais ou coletivas. O poder “regulamentador” dos Conselhos esbarra, assim, na impossibilidade de inovar. [...] Qualquer resolução que signifique inovação será, pois, inconstitucional. E não se diga que o poder regulamentar (transformado em “poder de legislar”) advém da própria EC 45. Fosse correto este argumento, bastaria elaborar uma emenda constitucional para “delegar” a qualquer órgão (e não somente

29 STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÉVE, Clèmerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 888, 8 dez. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7694>. Acesso em: 14 jan. 2008.

30 STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÉVE, Clèmerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 888, 8 dez. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7694>. Acesso em: 14 jan. 2008.

ao CNJ e CNMP) o poder de “legislar” por regulamentos. E com isto restariam fragilizados inúmeros princípios que conformam o Estado Democrático de Direito.³¹

Por outro lado, alguns autores entendem de forma diversa. Neste sentido, confira o que escreveram Leandro J. Silva e Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt:

Deve-se entender que houve o esclarecimento por parte da Resolução da real abrangência do dispositivo constitucional em tela, a respeito da matéria. Não houve usurpação de espaço reservado à lei em sentido formal. A presente norma tratou apenas de elucidar a compreensão daquilo que o próprio constituinte derivado já buscava, não pretendendo inovar o ordenamento jurídico. O CNJ realizou a sua função pública de controle da atividade administrativa, prevista constitucionalmente, ao dissipar as divergências a respeito do corrente entendimento da expressão “atividade jurídica”.³²

No entanto, é imperioso reiterar que a Resolução nº 11/2006, editada pelo CNJ, padece de vício formal³³ de inconstitucionalidade, visto que, tal órgão do Poder Judiciário, consoante se encontra disposto no art. 92, I-A, da CF/88, carece de competência legislativa, sobretudo quando a própria Carta Constitucional vem a dispor que (especificamente) Lei Complementar, **de iniciativa privativa do STF**, deverá regulamentar a referida norma e esclarecer o que vem a ser o termo “atividade jurídica” e a partir de que momento, durante a realização do certame, a mesma deverá ser comprovada.³⁴ E os atos expedidos pelo CNJ, conquanto possuam força normativa, não têm o condão de ser equiparados a “for-

31 *Ibidem*.

32 J. SILVA, Leandro; BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Atividade jurídica para ingresso na magistratura Considerações sobre a resolução nº 11 do Conselho Nacional de Justiça. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 963, 21 fev. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7988>. Acesso em: 13 jan. 2008.

33 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005. p. 95-96.

34 AGUIAR, Leonardo Sales de. Da inconstitucionalidade da Resolução nº 11/2006 do CNJ, ao tratar da matéria prevista no art. 93, I, da CF/88: uma análise acerca do momento de exigência do triênio de atividade jurídica para concurso de juiz. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 945, 3 fev. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7912>. Acesso em: 17 set. 2007.

ças normativas primárias” – inerentes à qualquer lei em sentido estrito – ou, quiçá, a ela sobrepostos.³⁵

Por fim, há de se ressaltar que, se a própria Constituição Federal, em seu art. 62, §1º, III, veda a edição de Medidas Provisórias sobre matérias reservadas à lei complementar, com muito mais razão estarão também as resoluções (administrativas), proferidas pelo CNJ, proibidas de fazê-lo.

2 Dos entendimentos jurisdicionais pátrios acerca do famigerado triênio da atividade jurídica

Em que pese a Resolução nº 11/2006, do CNJ, padecer de total vício formal e material de inconstitucionalidade³⁶, como dito alhures, os diversos tribunais do país, inclusive a Corte Suprema, contrariando o dispositivo constitucional, vem exigindo, sem qualquer argumento jurídico plausível, o requisito da atividade jurídica para concursos públicos da Magistratura e do Ministério Público. E mais, com supedâneo na aludida resolução, exige-se que o critério mencionado deva ser contado a partir da conclusão do curso³⁷ (e não da colação de grau), devendo ainda ser comprovado no ato da inscrição definitiva.

Por oportuno, mister ressaltar que as decisões infratranscritas, por vezes, farão alusão aos concursos públicos para ingresso no Ministério Público, com referência ao art. 129, §3º, da CF, que se apresenta de forma idêntica aos da Magistratura (art. 93, I, da CF/88), objeto do presente estudo.

35 GARCIA, Emerson. Poder normativo primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: a gênese de um equívoco. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 1002, 30 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8172>>. Acesso em: 14 jan. 2008.

36 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005. p. 95-96.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [...] Requisito de tempo de atividade jurídica na condição de bacharel em direito. Contagem da data de conclusão do curso, não da colação de grau. [...] Os três anos de atividade jurídica exigidos ao candidato para inscrição definitiva em concurso de ingresso na carreira do Ministério Público **contam-se da data de conclusão do curso de Direito**, não da colação de grau, e incluem tempo de curso de pós-graduação na área jurídica. MS 26682/DF. Relator: Min. Cezar Peluso. Data do Julgamento: 15/05/2008.

2.1 Do Supremo Tribunal Federal

Antes da promulgação da EC nº 45, de 31/12/2004, era pacífico no Supremo Tribunal Federal que a “habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigida no momento da posse” e não na inscrição do concurso público. Assim permaneceu até 2004, conforme pronunciamentos no RE nº 423.752/MG e no RE nº 392.976/MG.

No entanto, com o advento da EC nº 45/04, e a conseqüente criação do requisito da atividade jurídica, cada um dos onze Ministros passaram a sustentar entendimento peculiar a respeito do assunto: tanto no que tange ao momento a partir do qual deverá ser contada a atividade jurídica, quanto ao momento, do concurso público, em que o candidato deverá comprová-la.

Para a Ministra Ellen Gracie, o triênio da atividade jurídica deve ser contado a partir da conclusão do curso de bacharelado em direito, enquanto que sua comprovação deverá ocorrer no ato da inscrição definitiva, a fim de promover maior segurança jurídica à sociedade e aos candidatos, consoante pronunciamento nos autos da Medida Cautelar no MS nº 26690/DF.

De forma semelhante, decidiram o Min. Gilmar Mendes, na Medida Cautelar no MS nº 26696/DF, o Min. Celso de Mello (no MS nº 25511 MC/DF) e o Min. Ricardo Lewandowski (no MS nº 26688 MC/DF).

Já o Min. Marco Aurélio, em 2005, apesar de concordar que a atividade jurídica é um requisito a ser contado a partir da conclusão do curso, a mesma deveria ser comprovada apenas no ato da eventual posse do candidato ao cargo público. Porquanto, ressalta coerentemente o Ministro, “[...] compelir-se, em inscrição que não se mostra definitiva, à declaração do atendimento do requisito de três anos de atividade jurídica na condição de bacharel em Direito evidencia o menoscabo ao

princípio da razoabilidade”³⁸. E, mais na frente, ainda destacou: “**É ter-se o alijamento, do certame, de candidatos que poderão, à época da posse, ter a atividade jurídica**” (grifos nossos).

No mesmo sentido, o Min. Carlos Britto, em 2005, nos autos da Medida Cautelar no MS nº 25504/DF, sustentou que “o prazo de três anos de atividade jurídica é exigido do bacharel em direito para o ingresso na carreira do Ministério Público. Ingresso, esse, que se dá com a **posse** e não com o ato de inscrição no respectivo concurso” (grifo nosso).

O Min. Cezar Peluso, por sua vez, havia emitido pronunciamento em 05/09/2005 no sentido de que a comprovação do critério deveria ocorrer no ato da posse, e ainda:

[...] É dotada de razoabilidade jurídica a alegação de que a norma do art. 129, § 3º, da Constituição da República, na redação da Emenda Constitucional nº 45/2004, não impõe que os 3 (três) anos de atividade jurídica prévia, exigidos do candidato à carreira do Ministério Público, tenham por termo inicial a aquisição do título de bacharel.³⁹

Com base nisso, sustentava o Ministro, na época, que a atividade jurídica era um critério que poderia ser contado durante o curso de bacharelado em direito, e que deveria, a seguir, ser comprovado na posse. Contudo, em 2007, no MS nº 26687/DF, o Min. Cezar Peluso modificou paradoxalmente seu entendimento e adotou o posicionamento dos Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Ricardo Lewandowski, no sentido de que a atividade jurídica é um critério a ser contado **a partir da conclusão** do curso de direito e deve ser comprovada **no ato da inscrição definitiva**.

No mesmo entender, seguiu o Min. Joaquim Barbosa, em seus diversos pronunciamentos⁴⁰ deste o ano de 2005 até 2007.

³⁸ MS nº 25499/DF. Rel. Min. Marco Aurélio (27/08/2005).

³⁹ MS nº 25501/DF. Rel. Min. Cezar Peluso (05/09/2005).

⁴⁰ MS nº 25498 MC/DF; Rcl nº 4527 MC/CE; Rcl nº 4906 MC/PA; e MS nº 26689 MC/DF.

O Min. Eros Grau, inicialmente, em 2005, defendia que a atividade jurídica era um requisito a ser exigido no ato da inscrição do concurso público, conforme consta no MS 25496/DF. No entanto, coerentemente, a partir de 2006, passou a sustentar que o momento adequado para exigí-lo seria **na posse do candidato ao cargo público** (MS nº 26104/DF, MS nº 26665/DF e MS nº 26690/DF).

Por fim, veio a Min. Cármen Lúcia a expressar seu entendimento acerca do assunto nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3460, que restou majoritário.

Em 08/04/2005, fora distribuída ao Min. Relator Carlos Britto a **ADIn nº 3460**, requerida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), contra o Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Na oportunidade, pretendeu-se expurgar do ordenamento jurídico pátrio o *caput* do art. 7º, da Resolução nº 35/2002, com redação dada pelo art. 1º da Resolução nº 55/2004, do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Este ato normativo, tal como o §3º, do art. 129, da CF, e a Resolução nº 04/2006, do CNMP, tratam da mesma matéria prevista no art. 93, I, da CF, e na Resolução nº 11/2006, do CNJ, qual seja, o critério da *atividade jurídica*.

Na presente ADIn, o Min. Relator Carlos Britto entendeu que a atividade jurídica é um requisito a ser contado a partir da conclusão do curso e exigido no ato da posse, posto que o ingresso na carreira se dá com a investidura (posse) e não com a mera inscrição do candidato. No mesmo sentido votaram os Ministros Marco Aurélio, Eros Grau e Sepúlveda Pertence.

Entretanto, a Min. Cármen Lúcia irradiou o entendimento de que a comprovação do critério deve ocorrer consoante as resoluções do CNJ e do CNMP, isto é, no ato da inscrição definitiva do candidato no concurso. Porquanto, entende a Ministra, assim conferirá segurança jurídi-

ças normativas primárias” – inerentes à qualquer lei em sentido estrito – ou, quiçá, a ela sobrepostos.³⁵

Por fim, há de se ressaltar que, se a própria Constituição Federal, em seu art. 62, §1º, III, veda a edição de Medidas Provisórias sobre matérias reservadas à lei complementar, com muito mais razão estarão também as resoluções (administrativas), proferidas pelo CNJ, proibidas de fazê-lo.

2 Dos entendimentos jurisdicionais pátrios acerca do famigerado triênio da atividade jurídica

Em que pese a Resolução nº 11/2006, do CNJ, padecer de total vício formal e material de inconstitucionalidade³⁶, como dito alhures, os diversos tribunais do país, inclusive a Corte Suprema, contrariando o dispositivo constitucional, vem exigindo, sem qualquer argumento jurídico plausível, o requisito da atividade jurídica para concursos públicos da Magistratura e do Ministério Público. E mais, com supedâneo na aludida resolução, exige-se que o critério mencionado deva ser contado a partir da conclusão do curso³⁷ (e não da colação de grau), devendo ainda ser comprovado no ato da inscrição definitiva.

Por oportuno, mister ressaltar que as decisões infratranscritas, por vezes, farão alusão aos concursos públicos para ingresso no Ministério Público, com referência ao art. 129, §3º, da CF, que se apresenta de forma idêntica aos da Magistratura (art. 93, I, da CF/88), objeto do presente estudo.

35 GARCIA, Emerson. Poder normativo primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: a gênese de um equívoco. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 1002, 30 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8172>>. Acesso em: 14 jan. 2008.

36 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005. p. 95-96.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [...] Requisito de tempo de atividade jurídica na condição de bacharel em direito. Contagem da data de conclusão do curso, não da colação de grau. [...] Os três anos de atividade jurídica exigidos ao candidato para inscrição definitiva em concurso de ingresso na carreira do Ministério Público **contam-se da data de conclusão do curso de Direito**, não da colação de grau, e incluem tempo de curso de pós-graduação na área jurídica. MS 26682/DF. Relator: Min. Cezar Peluso. Data do Julgamento: 15/05/2008.

2.1 Do Supremo Tribunal Federal

Antes da promulgação da EC nº 45, de 31/12/2004, era pacífico no Supremo Tribunal Federal que a “habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigida no momento da posse” e não na inscrição do concurso público. Assim permaneceu até 2004, conforme pronunciamentos no RE nº 423.752/MG e no RE nº 392.976/MG.

No entanto, com o advento da EC nº 45/04, e a conseqüente criação do requisito da atividade jurídica, cada um dos onze Ministros passaram a sustentar entendimento peculiar a respeito do assunto: tanto no que tange ao momento a partir do qual deverá ser contada a atividade jurídica, quanto ao momento, do concurso público, em que o candidato deverá comprová-la.

Para a Ministra Ellen Gracie, o triênio da atividade jurídica deve ser contado a partir da conclusão do curso de bacharelado em direito, enquanto que sua comprovação deverá ocorrer no ato da inscrição definitiva, a fim de promover maior segurança jurídica à sociedade e aos candidatos, consoante pronunciamento nos autos da Medida Cautelar no MS nº 26690/DF.

De forma semelhante, decidiram o Min. Gilmar Mendes, na Medida Cautelar no MS nº 26696/DF, o Min. Celso de Mello (no MS nº 25511 MC/DF) e o Min. Ricardo Lewandowski (no MS nº 26688 MC/DF).

Já o Min. Marco Aurélio, em 2005, apesar de concordar que a atividade jurídica é um requisito a ser contado a partir da conclusão do curso, a mesma deveria ser comprovada apenas no ato da eventual posse do candidato ao cargo público. Porquanto, ressalta coerentemente o Ministro, “[...] compelir-se, em inscrição que não se mostra definitiva, à declaração do atendimento do requisito de três anos de atividade jurídica na condição de bacharel em Direito evidencia o menoscabo ao

princípio da razoabilidade”³⁸. E, mais na frente, ainda destacou: **“É ter-se o alijamento, do certame, de candidatos que poderão, à época da posse, ter a atividade jurídica”** (grifos nossos).

No mesmo sentido, o Min. Carlos Britto, em 2005, nos autos da Medida Cautelar no MS nº 25504/DF, sustentou que “o prazo de três anos de atividade jurídica é exigido do bacharel em direito para o ingresso na carreira do Ministério Público. Ingresso, esse, que se dá com a **posse** e não com o ato de inscrição no respectivo concurso” (grifo nosso).

O Min. Cezar Peluso, por sua vez, havia emitido pronunciamento em 05/09/2005 no sentido de que a comprovação do critério deveria ocorrer no ato da posse, e ainda:

[...] É dotada de razoabilidade jurídica a alegação de que a norma do art. 129, § 3º, da Constituição da República, na redação da Emenda Constitucional nº 45/2004, não impõe que os 3 (três) anos de atividade jurídica prévia, exigidos do candidato à carreira do Ministério Público, tenham por termo inicial a aquisição do título de bacharel.³⁹

Com base nisso, sustentava o Ministro, na época, que a atividade jurídica era um critério que poderia ser contado durante o curso de bacharelado em direito, e que deveria, a seguir, ser comprovado na posse. Contudo, em 2007, no MS nº 26687/DF, o Min. Cezar Peluso modificou paradoxalmente seu entendimento e adotou o posicionamento dos Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Ricardo Lewandowski, no sentido de que a atividade jurídica é um critério a ser contado **a partir da conclusão** do curso de direito e deve ser comprovada **no ato da inscrição definitiva**.

No mesmo entender, seguiu o Min. Joaquim Barbosa, em seus diversos pronunciamentos⁴⁰ deste o ano de 2005 até 2007.

38 MS nº 25499/DF. Rel. Min. Marco Aurélio (27/08/2005).

39 MS nº 25501/DF. Rel. Min. Cezar Peluso (05/09/2005).

40 MS nº 25498 MC/DF; Rcl nº 4527 MC/CE; Rcl nº 4906 MC/PA; e MS nº 26689 MC/DF.

O Min. Eros Grau, inicialmente, em 2005, defendia que a atividade jurídica era um requisito a ser exigido no ato da inscrição do concurso público, conforme consta no MS 25496/DF. No entanto, coerentemente, a partir de 2006, passou a sustentar que o momento adequado para exigí-lo seria **na posse do candidato ao cargo público** (MS nº 26104/DF, MS nº 26665/DF e MS nº 26690/DF).

Por fim, veio a Min. Cármen Lúcia a expressar seu entendimento acerca do assunto nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3460, que restou majoritário.

Em 08/04/2005, fora distribuída ao Min. Relator Carlos Britto a **ADIn nº 3460**, requerida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), contra o Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Na oportunidade, pretendeu-se expurgar do ordenamento jurídico pátrio o *caput* do art. 7º, da Resolução nº 35/2002, com redação dada pelo art. 1º da Resolução nº 55/2004, do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Este ato normativo, tal como o §3º, do art. 129, da CF, e a Resolução nº 04/2006, do CNMP, tratam da mesma matéria prevista no art. 93, I, da CF, e na Resolução nº 11/2006, do CNJ, qual seja, o critério da *atividade jurídica*.

Na presente ADIn, o Min. Relator Carlos Britto entendeu que a atividade jurídica é um requisito a ser contado a partir da conclusão do curso e exigido no ato da posse, posto que o ingresso na carreira se dá com a investidura (posse) e não com a mera inscrição do candidato. No mesmo sentido votaram os Ministros Marco Aurélio, Eros Grau e Sepúlveda Pertence.

Entretanto, a Min. Cármen Lúcia irradiou o entendimento de que a comprovação do critério deve ocorrer consoante as resoluções do CNJ e do CNMP, isto é, no ato da inscrição definitiva do candidato no concurso. Porquanto, entende a Ministra, assim conferirá segurança jurídi-

princípio da razoabilidade”³⁸. E, mais na frente, ainda destacou: **“É ter-se o alijamento, do certame, de candidatos que poderão, à época da posse, ter a atividade jurídica”** (grifos nossos).

No mesmo sentido, o Min. Carlos Britto, em 2005, nos autos da Medida Cautelar no MS nº 25504/DF, sustentou que “o prazo de três anos de atividade jurídica é exigido do bacharel em direito para o ingresso na carreira do Ministério Público. Ingresso, esse, que se dá com a **posse** e não com o ato de inscrição no respectivo concurso” (grifo nosso).

O Min. Cezar Peluso, por sua vez, havia emitido pronunciamento em 05/09/2005 no sentido de que a comprovação do critério deveria ocorrer no ato da posse, e ainda:

[...] É dotada de razoabilidade jurídica a alegação de que a norma do art. 129, § 3º, da Constituição da República, na redação da Emenda Constitucional nº 45/2004, não impõe que os 3 (três) anos de atividade jurídica prévia, exigidos do candidato à carreira do Ministério Público, tenham por termo inicial a aquisição do título de bacharel.³⁹

Com base nisso, sustentava o Ministro, na época, que a atividade jurídica era um critério que poderia ser contado durante o curso de bacharelado em direito, e que deveria, a seguir, ser comprovado na posse. Contudo, em 2007, no MS nº 26687/DF, o Min. Cezar Peluso modificou paradoxalmente seu entendimento e adotou o posicionamento dos Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Ricardo Lewandowski, no sentido de que a atividade jurídica é um critério a ser contado **a partir da conclusão** do curso de direito e deve ser comprovada **no ato da inscrição definitiva**.

No mesmo entender, seguiu o Min. Joaquim Barbosa, em seus diversos pronunciamentos⁴⁰ deste o ano de 2005 até 2007.

38 MS nº 25499/DF. Rel. Min. Marco Aurélio (27/08/2005).

39 MS nº 25501/DF. Rel. Min. Cezar Peluso (05/09/2005).

40 MS nº 25498 MC/DF; Rcl nº 4527 MC/CE; Rcl nº 4906 MC/PA; e MS nº 26689 MC/DF.

O Min. Eros Grau, inicialmente, em 2005, defendia que a atividade jurídica era um requisito a ser exigido no ato da inscrição do concurso público, conforme consta no MS 25496/DF. No entanto, coerentemente, a partir de 2006, passou a sustentar que o momento adequado para exigí-lo seria **na posse do candidato ao cargo público** (MS nº 26104/DF, MS nº 26665/DF e MS nº 26690/DF).

Por fim, veio a Min. Cármen Lúcia a expressar seu entendimento acerca do assunto nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3460, que restou majoritário.

Em 08/04/2005, fora distribuída ao Min. Relator Carlos Britto a **ADIn nº 3460**, requerida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), contra o Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Na oportunidade, pretendeu-se expurgar do ordenamento jurídico pátrio o *caput* do art. 7º, da Resolução nº 35/2002, com redação dada pelo art. 1º da Resolução nº 55/2004, do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Este ato normativo, tal como o §3º, do art. 129, da CF, e a Resolução nº 04/2006, do CNMP, tratam da mesma matéria prevista no art. 93, I, da CF, e na Resolução nº 11/2006, do CNJ, qual seja, o critério da *atividade jurídica*.

Na presente ADIn, o Min. Relator Carlos Britto entendeu que a atividade jurídica é um requisito a ser contado a partir da conclusão do curso e exigido no ato da posse, posto que o ingresso na carreira se dá com a investidura (posse) e não com a mera inscrição do candidato. No mesmo sentido votaram os Ministros Marco Aurélio, Eros Grau e Sepúlveda Pertence.

Entretanto, a Min. Cármen Lúcia irradiou o entendimento de que a comprovação do critério deve ocorrer consoante as resoluções do CNJ e do CNMP, isto é, no ato da inscrição definitiva do candidato no concurso. Porquanto, entende a Ministra, assim conferirá segurança jurídi-

ca à sociedade, aos candidatos e demais interessados na seleção. Com tais argumentos, conseguiu persuadir os demais integrantes da Corte ao ponto de publicar o seguinte acórdão:

ADI 3460 / DF - Distrito Federal

Relator(a): Min. Carlos Britto

Julgamento: 31/08/2006 [...]

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 7º, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA RESOLUÇÃO Nº 35/2002, COM A REDAÇÃO DADA PELO ART. 1º DA RESOLUÇÃO Nº 55/2004, DO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. A norma impugnada veio atender ao objetivo da Emenda Constitucional 45/2004 de recrutar, com mais rígidos critérios de seletividade técnico-profissional, os pretendentes às carreiras ministerial pública. Os três anos de atividade jurídica contam-se da data da conclusão do curso de Direito e o fraseado “atividade jurídica” é significante de atividade para cujo desempenho se faz imprescindível a conclusão de curso de bacharelado em Direito. O momento da comprovação desses requisitos deve ocorrer na data da inscrição no concurso, de molde a promover maior segurança jurídica tanto da sociedade quanto dos candidatos. Ação improcedente. [...].

Até o presente, em sede de STF, em que pese nossa indubitável contrariedade, esse é entendimento mais consistente e robusto acerca de qual o momento para se computar e exigir o requisito da atividade jurídica em concursos públicos, seja do Ministério Público, seja da Magistratura. Destarte, dos onze Ministros, apenas Carlos Britto, Marco Aurélio, Eros Grau e Sepúlveda Pertence (este último atualmente aposentado), entendem que o critério mencionado deve ser exigido no ato da **posse**. Os sete demais remanescentes (Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski), que já se pronunciaram a respeito⁴¹, defendem que

41 O Ministro Menezes Direito, que ingressou no STF em 05/09/2007, ainda não se pronunciou a respeito da matéria.

a comprovação seja efetuada na **inscrição definitiva** do concurso (e não na posse). O termo *a quo* da contagem da atividade jurídica, por seu turno, é a **conclusão do curso de bacharelado em direito**.

Todavia, a norma constitucional que criou o requisito (art. 93, I, CF/88) possui eficácia limitada e, até que sobrevenha lei complementar de iniciativa do STF, não se poderá exigir o triênio da atividade jurídica para ingresso na Magistratura nacional. Isto ocorrerá ainda que se compute antes ou depois da conclusão do curso, ou se exija na inscrição do concurso ou na posse do cargo. Por ser norma de eficácia limitada, somente produzirá qualquer efeito quando advier norma que lhe confira eficácia plena.

Ademais, agrava-se mais ainda a celeuma, quando se exige o requisito da atividade jurídica com supedâneo em resolução administrativa do CNJ, já que padece de evidente inconstitucionalidade, ao regulamentar critério que foi expressamente conferido à competência de lei complementar, submetida ao processo legislativo constitucional.

Ante o exposto, é manifesto que a função inerente ao STF, de proteger a Carta Constitucional (*caput* do art. 102, da CF/88), por vezes, é colocada à margem, na medida em que sobrevêm interesses políticos e diversos ao disposto no sistema jurídico nacional. *In casu*, a Corte Suprema esquivou-se de aplicar a norma constitucional e promover a respectiva lei complementar (*caput*, do art. 93, da CF/88) e, por outro lado, de forma mais simples, adota o contido em atos normativos inconstitucionais, sob argumentos carecedores de qualquer plausibilidade jurídica.

2.2 Do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, desde 2002, com a edição da Súmula nº 266, possuía entendimento pacificado nos seguintes termos: “o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público”.

Nesse sentido, o STJ entendia que os requisitos exigidos no certame se referem ao cargo a ser – futura e eventualmente – exercido pelo candidato, e não para simplesmente participar da seleção.⁴² Motivo pelo qual deveria ser exigido no ato da posse no cargo público, e não da inscrição no concurso.

A partir da EC nº 45/04, com a inserção do critério da atividade jurídica no art. 93, I, da CF, esta Corte Superior ainda permaneceu com o mesmo entendimento⁴³. Na oportunidade, pasmem, o STJ ainda se pronunciava no sentido de que até os estágios acadêmicos se enquadrariam como atividade jurídica.⁴⁴ Hodiernamente, esta tese se encontra por demais superada e a Corte já sustenta que o requisito deve ser contado somente a partir do bacharelado em direito.⁴⁵

Ademais, com o advento Resolução nº 11/2006 e do julgamento da ADIn nº 3460, a Corte passou a decidir que “em relação aos concursos públicos para ingresso na magistratura, não se aplica a Súmula 266/STJ”⁴⁶, e mais adiante acrescentou que “prevalece a compreensão segundo a qual é legítima a exigência de comprovação da atividade jurídica antes da data da posse do candidato, ou seja, no decorrer do certame”. Ora, por que razão, em relação aos concursos públicos para ingresso na magistratura, não se aplica a Súmula 266/STJ? Sem qualquer justificativa plausível o STJ adotou esse entendimento, posto que a atribuiu a fundamentação de sua tese à interpretação conferida ao Pretório Excelso nos autos da ADIn nº 3460⁴⁷. Dessarte, preferiu

42 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. [...] as comprovações, tanto do curso de Direito, quanto do atingimento do limite mínimo de idade, se dessem no momento da posse. [...]. RMS nº 16893/PE. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Data do julgamento: 28/09/2004.

43 AgRg no Ag nº 596206/RJ. Rel. Ministro Hamilton Carvalhido (24/02/2005).

44 RMS nº 18513/BA. Rel. Ministro Hamilton Carvalhido (23/08/2005).

45 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. [...] II - Após a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 é que o cômputo do período de prática jurídica passou a ser considerado a partir do bacharelado. [...]. RMS nº 22892/BA. Relator: Ministro Felix Fischer. Data do julgamento: 15/03/2007.

46 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. [...] CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DO ESTADO DA BAHIA. [...] ATIVIDADE JURÍDICA. NÃO-APLICABILIDADE DA SÚMULA 266/STJ. [...]. RMS nº 20983/BA. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Data do julgamento: 10/05/2007.

47 RMS nº 21426/MT. Rel. Ministro Felix Fischer (14/02/2007).

o STJ se esquivar de maiores delongas e discussões sobre a matéria e acatar, pacificamente, o entendimento da Suprema Corte. O “direito”, contudo, é dialético...

Escassas são as decisões proferidas pelo STJ que tratam da matéria – tal como ocorreu no STF. E, dentre elas, encontra-se a proferida nos autos do RMS nº 21426/MT, que vem sustentar que o art. 93, I, da CF, não possui eficácia limitada, porém plena, posto que o próprio dispositivo já determina qual o requisito a ser exigido para o ingresso na Magistratura. Todavia, mais na frente, no mesmo *decisum*, reconhece-se como válidas as resoluções do CNJ e CNMP que tratam da matéria. Ora, se a norma do art. 93, I, da CF é de eficácia plena, então porque se necessita da Resolução nº 11, do CNJ para regulamentá-la? Ou é plena a sua eficácia e, portanto, não carece de qualquer norma regulamentadora (nem da resolução do Conselho); ou é norma de eficácia limitada, sendo necessária a promulgação de lei complementar regulamentadora, de iniciativa privativa do STF.

Como visto, ambas as Cortes do país vem adotando o entendimento de que atividade jurídica é um requisito a ser contado somente a partir da conclusão do curso superior em direito. O momento de sua comprovação, no entanto, é mais polêmico, apesar de prevalecer o posicionamento jurisprudencial de que o mencionado requisito deve ser comprovado no ato da inscrição, já que assim determinam as resoluções do CNJ e CNMP.

Quanto à validade dessas resoluções, ambos os Tribunais entendem que é legítima e constitucional, posto ser a função precípua de cada Conselho: o controle administrativo.

Entretanto, como visto, o art. 93, I, da CF/88, é inexoravelmente norma de eficácia limitada, já que o próprio dispositivo determina e, se assim não fosse, desnecessário seria a edição de resolução administrativa para regulamentar o critério da atividade jurídica. É óbvio!

Por fim, é de se ressaltar que CNJ possui atribuições fundamentais à Administração Pública (*lato sensu*) brasileira: fiscalizar administrativa, financeira e disciplinarmente o Poder Judiciário. No entanto, à medida em que extrapola seu Poder Normativo, imiscuindo-se nas funções legislativas, contraria o princípio da separação dos poderes estatais e padece, ao editar a Resolução nº 11, de evidente inconstitucionalidade a tentar ser corrigida, pelo candidato, via mandado de segurança.

Conclusões

Com a promulgação da EC nº 45/04, observa-se que foram inseridas, no ordenamento constitucional pátrio, inúmeras modificações substanciais. Dentre elas, criou-se mais um requisito a ser exigidos dos candidatos quando do ingresso na Magistratura e Ministério Público pátrios: a “atividade jurídica”.

Com isso, visou a referida Emenda, de forma bastante prudente em razão da natureza das atribuições do cargo público, a restringir o acesso de bacharéis em direito recém formados que, em sua maioria, não possuem a experiência necessária ao exercício da função de magistrado. Almejaram os parlamentares constituintes, desta forma, instituir um lapso mínimo, antes que o novo magistrado assumira seus difíceis encargos, que supõem maturidade, técnica e prática.

Entretanto, por configurar norma constitucional de eficácia limitada, o art. 93, I, é indubitavelmente carecedor de legislação complementar capaz de suprir a deficiência do texto e, com isso conceituar, definir e esclarecer qual a real abrangência do termo “atividade jurídica”.

Contudo, em que pese o art. 93, I, exigir “Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal” para regulamentar tal critério, o CNJ se antecipou ao processo legislativo e, de forma inconstitucional, extrapou seu Poder Normativo. Assim, por meio da Resolução nº 11,

de caráter nitidamente administrativo, buscou atuar como legislador infraconstitucional.

Ademais, ainda que, prudentemente, grande parte da doutrina nacional condene, essa atuação do Conselho e, por conseguinte, rechace a edição do referido ato normativo, o fato é que as mais altas Cortes do país ainda sustentam a validade e constitucionalidade dessa normatização. E mais, acrescentam veementemente que o CNJ agiu dentre suas atribuições constitucionais – mesmo que, inexoravelmente, o art. 93, I, da CF/88 nos conduza a entendimento paradoxalmente oposto.

Ressalte-se que a inconformidade constitucional não se encontra presente na mera exigência do critério da atividade jurídica para ingresso na magistratura nacional, mas, exclusivamente na exacerbação do Conselho Nacional de Justiça que extrapou seu Poder Normativo e editou a Resolução nº 11/2006.

Entende-se, portanto, que sem a devida regulamentação legal, o requisito de prévio exercício trienal da atividade jurídica para concursos de juiz substituto no país não é auto-aplicável. Desta feita, ao ser, equívoco e inconstitucionalmente, regulamentado através da Resolução nº 11/2006 do CNJ, determinando, inclusive, que sua comprovação seja no ato da inscrição definitiva, encontra-se perfeitamente passível de ser questionado por meio de mandado de segurança.

There is legal requirement to advance the "legal activity" in the open court?

Abstract

The theme concerns the Resolution nº 11/2006 of the National Council of Justice and the criterion of activity for legal entry into the national judiciary. Thus, it is aiming to establish the validity of that standard infraconstitucional, to deal with the new requirement for entrance to the post of deputy judge. To that end, it was used articles published in scientific journals and produced remarkably in the constitutional justice, and has conducted the review of judgments rendered

by higher cuts in the country. At the end, it was noted that without any plausible legal plea, to require, based on interpretations of the constitutional text and Resolution nº 11/06, the criterion of activity for legal entry into the national judiciary, the courts suffer, inexorably, the vice of unconstitutionality.

Key-words: Resolution nº 11/06, CNJ. Legal activity. Tender. Substitute Judge.

Referências

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Obrigatoriedade dos três anos de exercício atividades jurídicas. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 73.

AGUIAR, Leonardo Sales de. Da inconstitucionalidade da Resolução nº 11/2006 do CNJ, ao tratar da matéria prevista no art. 93, I, da CF/88: uma análise acerca do momento de exigência do triênio de atividade jurídica para concurso de juiz. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 945, 3 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7912>>. Acesso em: 17 set. 2007.

ANDREATO, Danilo. A ilegitimidade do CNJ para regulamentar a atividade jurídica e outras críticas. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, a. X, n. 224, p. 56-60, 15 maio 2006.

CABRAL, Bernardo. A reforma do Judiciário. **Revista Cidadania e Justiça**, Brasília, n. 10, a. 5, p. 51-60, jan./jun. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. O triênio de atividade jurídica exigido pela EC nº 45. **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, n. 02, p. 135-138, fev. 2006.

_____. O triênio de atividade jurídica e a Resolução nº 11 do CNJ. **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, n. 08, p. 915-919, ago. 2006.

GARCIA, Emerson. Poder normativo primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: a gênese de um equívoco. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 1002, 30 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8172>>. Acesso em: 14 jan. 2008.

GOMES, Luiz Flávio; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. A atividade jurídica como requisito para ingresso nas carreiras do Ministério Público e Magistratura. Eficácia e aplicabilidade das normas da Emenda Constitucional nº 45/2004. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 669, 5 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6678>>. Acesso em: 13 dez. 2007.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. São Paulo: Rideel, 1995.

HERTEL, Jaqueline Coutinho Saiter. A Emenda Constitucional nº 45 e a Reforma do Judiciário. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 844, 25 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7465>>. Acesso em: 13 jan. 2008.

J. SILVA, Leandro; BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. Atividade jurídica para ingresso na magistratura Considerações sobre a resolução nº 11 do Conselho Nacional de Justiça. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 963, 21 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7988>>. Acesso em: 13 jan. 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A prática de “atividade jurídica” nos concursos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

MESQUITA, Giovana Lorenzetti. Os três anos de atividade jurídica e uma breve análise da Resolução Administrativa nº 1.046/2005 do TST. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 859, 9 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7568>>. Acesso em: 11 jan. 2008.

OLIVEIRA, Alexandre Nery de. Comentários à reforma do Judiciário (VI). Poder Judiciário e magistratura. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 11, n. 1391, 23 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9776>>. Acesso em: 12 jan. 2008.

PANIAGO, Izidoro Oliveira. Ingresso na magistratura – exigência de três anos de “atividade jurídica” – regulamentação no âmbito trabalhista

pelo TST – inconstitucionalidade. **Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, v. 17, n. 1, p. 14-22, nov. 2005.

PAULA, Alexandre Sturion de. Noção e contextualização da expressão “atividade jurídica”. Inovação da EC nº 45/04 para ingresso na Magistratura e Ministério Público. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 911, 31 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7725>>. Acesso em: 13 jan. 2008.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. O princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos. A exigência de três anos de atividade jurídica para os concursos à Magistratura e ao Ministério Público. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 838, 19 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7427>>. Acesso em: 14 jan. 2008.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Thiago Litwak Rodrigues de. A Emenda Constitucional nº 45 e as implicações no âmbito do Ministério Público. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 839, 20 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7441>>. Acesso em: 11 jan. 2008.

SPITZCOVSKY, Celso; NEVES, Murilo Sechieri Costa. Tempo de atividade jurídica: será que o critério é a ausência de critério? **Complexo Jurídico Damásio de Jesus**, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.damasio.com.br/?page_name=art_05_001&category_id=31>. Acesso em: 11 jan. 2008.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional

de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 888, 8 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7694>>. Acesso em: 14 jan. 2008.

Referência deste artigo

AGUIAR, Leonardo Sales de. Há supedâneo jurídico plausível para exigência prévia da "atividade jurídica" nos concursos públicos de juiz substituto?. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 373-406, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

Audiência preliminar: Eixo central e aglutinador dos atos de cognição processual

Lúcio Grassi de Gouveia

Doutor em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa.
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.
Professor de Direito Processual Civil do Mestrado e Graduação da
Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Coordenador da
Escola Superior da Magistratura de Pernambuco
Des. Cláudio Américo de Miranda – ESMape.
Juiz de Direito.

Resumo

Na busca de um processo civil de resultados, sendo o processo instrumento para que o Estado-juiz possa realizar o direito de forma justa e adequada, merecem destaque os princípios do devido processo legal, contraditório, oralidade, imediatidade e concentração, entre outros. Tais princípios poderão melhor orientar o julgador ao formar a sua convicção diante da concretização do litígio, especialmente quanto à fixação dos pontos controvertidos e definição das provas a serem produzidas em audiência. É ideal que tais decisões, que dizem

respeito à concretização e saneamento do processo, possam ser tomadas estando o juiz em contato direto com as partes, prestigiando seu caráter dialético. E o juiz, deixando de lado uma neutralidade absurda e ultrapassada, tem a relevante oportunidade de atuar, inclusive assistencialmente, de forma a garantir a paridade de armas no processo.

Palavras-chave: Processo Civil Brasileiro. Audiência preliminar. Ativismo judicial. Caráter dialético.

Introdução

Ao estudarmos o princípio da cooperação intersubjetiva, chamou-nos a atenção sua importância em um momento específico do processo: durante a realização da audiência preliminar.

Desde 1997, quando tivemos a oportunidade de, no Doutorado da Universidade Clássica de Lisboa, nos debruçarmos sobre a reforma do processo civil português de 1995, estudamos a chamada fase de condenação do processo, que corresponde ao binômio saneamento-concretização do litígio, quando descobrimos que a audiência preliminar constitui-se no ápice da aplicação do princípio da cooperação intersubjetiva, outro tema objeto de nossas pesquisas científicas.

Veremos que a realização dessa audiência, muitas vezes desprezada por alguns magistrados brasileiros, reforça não só a mencionada idéia de cooperação de todos os sujeitos processuais, mas também enfatiza a aplicação de outros princípios, tais como os da oralidade, imediatidade, concentração e adequação formal. Busca-se um processo civil moderno, no qual se atenuam as preclusões, privilegia-se o mérito, colocando-se em segundo plano o excesso de formalismo e preconiza-se a atuação assistencial do juiz, visando a garantia da paridade de armas: em síntese, um processo que se legitima pelo diálogo entre os intervenientes.

Não acreditamos em concepções liberalizantes, que deixam o destino do processo entregue exclusivamente às partes, nem em visões duelísticas que o encaram como jogo, disputa ou certame. Privilegiamos uma análise do sistema a partir dos princípios que o orientam, através de uma visão sistêmica.

Em relação aos princípios norteadores do sistema processual civil brasileiro, podem ser constitucionais e infraconstitucionais. A idéia de que estes princípios podem ter melhor aplicação nas audiências, nota-

damente na audiência preliminar prevista no artigo 331 e parágrafos do Código de Processo Civil, vem sendo discutida tanto pela doutrina nacional como por estudiosos de vários países.

Dentre esses princípios, repetimos, merece destaque o princípio da cooperação entre as partes e o Estado-Juiz, podendo especialmente ser utilizado nas audiências, possibilitando ao magistrado um conhecimento mais profundo da causa, assim como o da oralidade, que permite a maior concentração de atos processuais num mesmo momento processual, o que de certa forma viabiliza um processo mais célere, condizente com os anseios constitucionais de razoável duração constante no inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal.

Ocorre que, com a onda de reformas legislativas no sistema processual civil brasileiro, muitos institutos estão sendo suprimidos ou modificados na busca por um processo mais célere e efetivo. Calcado nessa linha de raciocínio, muitos doutrinadores chegaram a defender a extinção da audiência preliminar.

Esse fenômeno se deu em função de existirem correntes e contracorrentes doutrinárias que vêm influenciando o legislador nacional nas reformas processuais, ora em favor da oralidade, ora em favor da forma escrita, afetando diretamente o instituto da audiência no nosso sistema processual.

Entretanto, como será abordado nesse trabalho, essa idéia temerária, se colocada em prática, poderá causar vários prejuízos às partes e prejudicar o conhecimento pleno da causa pelo juiz.

Devemos pensar a audiência preliminar sob o prisma dos princípios da cooperação, oralidade e imediatidade dos atos processuais e da livre convicção do magistrado. E com esse contato, propiciado pela audiência, o juiz poderá observar não só o que alegam as partes, mas também como o fazem.

Ademais, a audiência preliminar não pode ter seu alcance mitigado pela falsa premissa de que sua função é apenas a de promover a conciliação das partes¹.

Posto isso, o estudo levará em conta a importância da audiência preliminar na resolução de questões processuais pendentes, na fixação dos pontos controvertidos da demanda e especificação das provas que serão produzidas na instrução processual, sem prejuízo da possibilidade de as partes celebrarem transação no seu início.

1 Evolução histórica da audiência preliminar

Da análise da evolução da audiência preliminar em diversos sistemas jurídicos, resulta clara a influência do direito austríaco, estando presente com especial evidência no Código-tipo para a América Latina, onde harmonizam-se os princípios do dispositivo e do inquisitório, dando-se especial relevância ao princípio de colaboração entre as partes e o juiz, no que diz respeito à fixação do objeto do processo, consistindo a audiência preliminar no eixo central e aglutinador dos principais atos processuais.

A audiência preliminar austríaca, uma das interessantes criações de Klein, inspirada no processo penal moderno do século XIX, foi copiada em todo o mundo com maior ou menor êxito, é também um meio de concentrar uma audiência principal sobre o fundo do litígio, no que verifica-se uma estreita ligação com o também princípio da concentração.

O art. 301 do Código de Processo Civil Tipo Para a América Latina fornece os contornos da audiência que se alvitra para os países filiados. Eis os objetivos declarados da audiência preliminar: 1) a ratificação

¹ Nesse sentido: LOPES, João Batista. Função Social e Efetividade do Processo Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 13, p. 29-34, abr./2004.. "Ao revés do que supõem os menos avisados, a audiência preliminar não se confunde com a simples tentativa de conciliação, mas constitui ato complexo que aperfeiçoa o contraditório ao possibilitar o diálogo e a participação dos sujeitos no processo. A fixação dos pontos controvertidos e a definição das provas pertinentes contribuem decisivamente para o esclarecimento das posições das partes, apuração dos fatos e prestação adequada da tutela jurisdicional." p. 32.

dos escritos constitutivos com os esclarecimentos pertinentes e eventual aditamento de fatos novos; 2) a contestação das exceções prévias a que alude o art. 123; 3) a tentativa de conciliação; 4) a recepção da prova das exceções, se estas não forem de puro direito; 5) o saneamento do processo, mediante resolução das exceções processuais e nulidades, bem como de todas as questões remanescentes que obstem à decisão de mérito, incluindo a inadmissibilidade da demanda e a ilegitimidade *ad causam*, desde que seja esta suscetível de definição no começo do litígio; 6) a fixação definitiva do objeto do processo e da prova².

O Código General del Proceso de 1988 do Uruguai, vigente a partir de 20.11.89, segue também o lineamento do Código Modelo em matéria de faculdades probatórias do juiz civil, mas vai mais além, em especial quando regula a matéria dos processos sociais. Dito Código regula todos os processos não-penais (nem aduaneiros), pelo qual foram derogadas expressamente todas as leis processuais, inclusive o *Código de Procedimiento Civil* de 1877. No que diz respeito à audiência preliminar, o tribunal tentará conciliar as partes, sanear o processo, fixar o objeto da prova, em colaboração das partes, com o qual deverá rechaçar as provas desnecessárias e inconducentes, deixando as impertinentes para sentença. Se não houver conciliação total, ao menos se chega a um acordo sobre certos fatos que fazem desnecessárias provas solicitadas nos escritos introdutórios³.

Constate-se que o Código-Modelo vem produzindo efeitos favoráveis nos projetos de reformas que em nossa área ibero-americana tendem a modificar os antigos procedimentos e aparece refletido, em muitas de suas soluções, em vários novos ordenamentos positivos.

Contudo, a doutrina diverge no tocante a data e onde exatamente o aludido instituto foi concebido. Vejamos a seguir algumas das posições mais respeitadas:

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3.ed. rev. e amp.. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 117.
³ VESCOVI, Enrique. *Los Poderes Probatorios del Juez Civil en Los Nuevos Sistemas Procesales*. Cedam: Studi in onore di Vittorio Denti, 1994. v. II, p. 557-558.

Para José Carlos Barbosa Moreira, o início da audiência preliminar, pelo menos nos moldes do direito brasileiro, surgiu com a denominação de despacho saneador no direito português e estava prevista no “Decreto nº 3 de 25 de maio de 1907”.

Para Miguel Teixeira de Sousa, difere a solução portuguesa em relação às soluções austríaca e alemã, segundo a qual essa audiência é convocada logo à seguir à apresentação da petição do autor, sendo nela apresentada a (eventual) contestação escrita do réu (§ 239 (2) e 243 (1) ÖZPO; § 275 (1) ZPO. Salienta a proximidade do regime português com o italiano (cfr. arts. 163, nº 7, 167 (após reforma art. 167, nº 1 - observação nossa) e 183 (atualmente art. 183, nºs 1 a 5 - observação nossa) CPC, todos com redação dada pela Lei nº 353, de 26/11/1990), embora o art. 183 CPC (atualmente 183, nº 4 - observação nossa) admita a invocação pelas partes, durante a audiência preliminar, de algumas exceções, bem como aquele que resulta dos arts. 298.3 e 301.2 do Anteprojeto do Código de Processo Civil Modelo para a América Latina ⁴.

Já para Eduardo Couture, a célula-tronco do instituto foi o direito norte-americano, através do ato processual denominado *pre trial*, disposta no artigo 84 da “Federal Rule of Civil Procedure”⁵.

André Ricardo Franco entende que a audiência preliminar não se originou de apenas um modelo, previsto em um único ordenamento jurídico, mas sim de vários modelos oriundos do continente europeu:

No entanto, a audiência preliminar estudada, mesmo não possuindo antecedente histórico [no direito processual brasileiro], originou-se da adaptação de vários modelos, mas teve seu berço principal no direito europeu, surgindo, ao que parece, no *Regolamento Legislativo e Giudiziario per gli affari Civile*, baixado a 10 de novembro de 1834 pelo Papa Gregório XVI (§ 551). Deste *Regolamento* italiano, a audiência preliminar mi-

4 SOUSA, Miguel Teixeira de. **Apreciação de Alguns Aspectos da Revisão do Processo Civil - Projecto**. ROA, 1995, II, p. 397.

5 RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 759, a. 88, p.775.

grou para *Zivilprozessordnung* alemã (ZPO) e para o Código de Processo Civil Austríaco (*die erste Tagsatzung*).⁶

Merece destaque o posicionamento daqueles que defendem que a nossa audiência preliminar é fruto de inúmeras contribuições. Se tivemos a aparição de institutos com modelos muitos semelhante anteriormente na Itália, Alemanha e Áustria, podemos ainda mencionar a importância do direito português, com o chamado despacho saneador previsto no Decreto nº 3 de 25 de maio de 1907, posteriormente adaptado e reformulado pelo Instituto Ibero-americano de Direito Processual.

E assim, diante perspectiva da globalização, os países procuraram a integração e fortalecimento regional buscando superar as diferenças culturais e econômicas e a América Latina também seguiu essa tendência. Calcado nesse propósito, foi criado o Código de Processo Civil Tipo para América Latina, elaborado pelo Instituto Ibero-americano de Direito Processual, composto de estudos e opiniões doutrinárias e sugestões para eventuais reformas na legislação dos países latino-americanos.⁷

No Brasil, a lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994 que introduziu a primeira etapa da reforma do nosso Código de Processo Civil, modificou o artigo 331 possibilitando a realização da até então chamada audiência de “conciliação” realizada 30 dias após o cumprimento da providências preliminares. Entretanto, só com a edição da Lei nº 10.444 de 7 de maio de 2002, a audiência prevista no artigo 331 do Código de Processo Civil passou a ser chamada de “audiência preliminar”.

Essa nova reforma na audiência, segundo os doutrinadores mais renomados, “foi inspirada e possui muita proximidade com a audiência fulcrada nos arts. 300 e 301 do Código de Processo-Civil Tipo para América Latina, também chamada de audiência preliminar.”⁸

6 FRANCO, André Ricardo. **Audiência Preliminar do rito ordinário no Direito Processual Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 52.

7 FRANCO, Op. Cit. p.53.

8 Idem, p.50.

Conclui-se que o instituto ora estudado vem sofrendo inúmeras alterações em virtude da grande tendência atual dos países, especialmente da América Latina, em reformarem sua legislação, com objetivo de alcançar um processo mais célere e efetivo.

2 A importância da oralidade

Existe certa falta de rigor científico por parte de alguns doutrinadores, ao usarem expressões como: oralidade, princípio da oralidade e procedimento oral. No processo civil essa palavra pode ser empregada em acepções diversas, podendo induzir o leitor a erro.

Esclarecemos, desde já, o sentido dessas expressões lingüísticas que serão utilizadas aqui: a) oralidade – maneira como o ato processual é realizado; b) princípio da oralidade – princípio(regra) informador do nosso sistema processual e; c) procedimento oral – conjunto de atos processuais em que há predominância da forma oral.⁹

Da regra contida no princípio da oralidade, surgem outros simultaneamente, como o da concentração, imediatidade, identidade física do juiz e o da cooperação.

O princípio da concentração consiste na realização de maior número de atos processuais em um curto espaço de tempo, como, por exemplo, na audiência (art. 455). O princípio da imediatidade tem por fim aproximar o julgador das partes, propiciando a coleta direta das provas na audiência e está previsto no artigo 446 do Código de Processo Civil. Já o princípio da identidade física do juiz¹⁰, está previsto no artigo 132 do CPC, e determina que o juiz que colheu as provas, em audiência, é o mesmo que vai julgar o processo. Com

9 GUEDES, Jefferson Carús. **Princípio da Oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 52.

10 A palavra Juiz aqui empregada deve ser interpretada no seu sentido tradicional, ao contrário de outros dispositivos constantes no Código de Processo Civil, notadamente nas regras que tratam da competência.

relação ao princípio da cooperação trataremos a seguir em capítulo específico.

A preocupação do legislador em adotar o princípio da oralidade bem como os da concentração e a imediatidade, fica evidente, por exemplo, na redação do *caput* do artigo 336 do Código de Processo Civil, no qual, em regra, as provas devem ser colhidas em audiência.

Feitas essas considerações iniciais sobre o princípio da oralidade e correlatos, passemos a analisar sua influência nas novas reformas processuais.

Como é sabido, no direito processual contemporâneo, praticamente, não existe sistema processual em que os atos são praticados, totalmente, na forma oral ou escrita.

A reflexão do tema, mesmo perfunctoriamente, faz o estudioso do direito perceber que o assunto não é nada pacífico na doutrina. Entendemos que o motivo é a eterna batalha entre duas correntes: a) defensores de que o processo seja predominantemente oral, originada da *common law*; b) defensores de que o processo seja predominantemente escrito, originada da *civil law*. O curioso é que, apesar de antagônicas, essas correntes fundamentam suas premissas no mesmo escopo, qual seja: a celeridade e efetividade do processo.

No Brasil, sempre predominou no sistema processual civil, a realização dos atos processuais na forma escrita. No entanto, o Código de Processo Civil de 1939 agregou uma tendência doutrinária, baseada nas lições de Chiovenda e importada por Liebman, em prestigiar a realização de alguns atos processuais na forma oral. Com essa nova tendência doutrinária, apareceram várias correntes reformistas do processo no Brasil e na Europa no sentido de prestigiar mais a oralidade como princípio do processo.

O Código de Processo Civil de 1973, veio a atenuar um pouco os atos orais previstos, exageradamente, na legislação pretérita, mas, apesar

de dispor que a maioria dos atos devem ser praticados na forma escrita, não ficou em prestigiar o princípio da oralidade em alguns dos seus dispositivos, o que veio a influenciar as posteriores reformas processuais da nossa legislação.

Ocorre que, atualmente, há uma tendência nos sistemas jurídicos da família da *common law* em estabelecer alguns atos e procedimentos escritos em seu sistema processual, visando maior celeridade, atuando como uma contracorrente à oralidade.

Com isso, passaram a existir correntes e contracorrentes de cunho doutrinário, que têm influenciado o legislador nacional nas reformas, ora em favor da aplicação dos atos orais, ora em favor da aplicação de atos escritos, o que afeta diretamente o instituto da audiência do nosso sistema processual.

José Carlos Barbosa Moreira, em estudo sobre a atuação dessas duas correntes no direito comparado, chega à brilhante conclusão:

O direito inglês, adite-se, vem envolvendo, desde as últimas décadas do século XX, no sentido de mais larga utilização de peças escritas na atividade instrutória. Para exemplo sugestivo: hoje em dia, cada uma das partes apresenta previamente ao tribunal e ao adversário declarações escritas (*witness statements*) que antecipam o que vai ser dito por suas testemunhas no *trial*; daí normalmente resulta a abreviação do depoimento oral, que se limitará à chamada *cross-examination* pelo advogado *ex adverso* e, eventualmente, a reperguntas de quem convocou a testemunha. Em certos casos, tal prática pode até tornar dispensável a tomada do depoimento oral. Disciplina igual aplica-se aos peritos, que são considerados como uma espécie de testemunhas (*expert witnesses*). Semelhantes inovações, registre-se de passagem, vieram proporcionar ao juiz oportunidades, que a tradição lhe recusava, de inteirar-se dos fatos da causa antes do *trial*[...] Já no terreno do *civil law*, a batalha em favor da oralidade assumiu mais o aspecto de uma reivindicação de ordem doutrinária, inspirada na pretensa superioridade prática do processo oral pelo ângulo da eficiência. Durante muito tempo exaltou-se,

à guisa de símbolo do movimento, a audiência preliminar (*erste Tagsatzung*) da *Zivilprozessordnung* austríaca de 1895, fruto do gênio de Franz Klein. Já no fim do século XX, o Instituto Ibero-americano de direito processual elaborou um código-modelo de processo civil para América Latina, que tomou como padrão um procedimento “por audiências”. Essa obra serviu de protótipo, no Uruguai, para o *Código General del Proceso* de 1988, de funcionamento, ao que se diz, coroado de êxito, e exerceu influência em subseqüentes reformas processuais nessa região do planeta.[...] Nesse jogo de correntes e contra correntes são sempre arriscados os prognósticos. Talvez não seja arbitrário, em todo caso, divisar no que está acontecendo mais uma sintonia de certa propensão à convergência nas duas famílias tradicionais no universo processual do ocidente: bem pode suceder que um dia o processo *civil law* e *common law* venham se caracterizar mais por aquilo que se assemelham do que por aquilo em que contrastam.¹¹

Devemos portanto, na medida do possível, buscar harmonização entre processo oral e escrito, no sentido de alcançar um único fim, que é um processo célere, justo, cooperativo e que sirva de fato como meio para pacificação de conflitos.

Assim, devemos pensar a audiência preliminar em todos esses aspectos: evitando prestigiar a “celeridade” em detrimento da correta investigação dos fatos, respeitados os direitos fundamentais das partes, visando um processo justo. Dessa forma, daremos ao magistrado a possibilidade de conhecer a causa com profundidade e concentrar inúmeros atos importantes para o desfecho do processo em um único momento, propiciando uma análise mais adequada do caso concreto.

¹¹ MOREIRA, Op. Cit. p. 67. CORRENTES e Contracorrentes no Processo Civil Contemporâneo. In: TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL, São Paulo: Saraiva, 2007. Nona Série, p. 62-64.

3 O Princípio da Cooperação e sua aplicação na audiência preliminar

Enfatizado o princípio da cooperação intersubjetiva e suas origens austríaca e alemã, passou também a ser difundido no direito português, onde atualmente exerce grande relevância. Tivemos oportunidade de enfatizar sua importância em outra obra¹², na qual ressaltamos a importância dos deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio que as partes têm perante o Estado-juiz.

Em Portugal, a reforma do Código de Processo Civil ocorrida em 1995 trouxe algumas mudanças no poder cognitivo do Tribunal, tendo em vista que prestigiou o poder do juiz em buscar a verdade real da causa, incentivando o maior contato do julgador com as partes, ao passo que na legislação pretérita o princípio dispositivo exercia influência quase que absoluta na cognição do julgador, pois ele deveria fundamentar a sua decisão exclusivamente nos fatos que as partes alegassem no processo, nos termos do artigo 664 dos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1961.¹³

No Brasil, esse princípio vem ganhando força e, apesar de não haver expressa disposição legal, pode ser obtido através da interpretação sistêmica dos artigos 130, 131, 339, 340, inciso I, do Código Processo Civil conjuntamente com princípios constitucionais, do que deflui uma nova concepção de jurisdição.

É de bom alvitre ressaltar que o conceito de jurisdição aqui empregado corresponde a uma abordagem moderna e se coaduna com os anseios esculpidos na Constituição Federal.

12 GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de Processo Civil*. 4.ed. Salvador: Jus-PODIVM, 2006. p.200-201.

13 MACHADO, Antônio Montalvão. *O Dispositivo e os Poderes do Tribunal à Luz do Novo Código de Processo Civil*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 333-334.

Diogo Assumpção Rezende de Almeida, explica sobre a nova função da jurisdição no direito moderno:

Na sociedade moderna, diversos direitos não patrimoniais foram erigidos à qualidade de garantias fundamentais. Explodem as relações massificadas, resultando numa camada de hipossuficientes que clama por um tratamento materialmente igualitário. Com essa mudança de valores sociais, não é lícito o processo estacionar no tempo. Deve acompanhar a evolução, fornecendo mecanismos eficazes para a realização do direito material. E um dos principais anseios sociais é a efetividade da tutela jurisdicional, propiciando àquele que tem razão a obtenção do bem da vida desejado, na sua forma original. Um ordenamento que vise assegurar a observância de um rol tão extenso de direitos e garantias fundamentais não pode permitir que o obrigado se livre de sua obrigação ao simplesmente pagar. Os direitos constitucionalmente assegurados não podem ser transformados em uma coisa com poder de troca, como ocorria no direito liberal clássico. A mudança nos valores da sociedade gerou reflexos nos textos constitucionais dos Estados, o que determinou as reformas das normas processuais e a alteração no modo de ver o processo em relação ao direito material.¹⁴

Portanto, com a evolução das garantias fundamentais dos jurisdicionados, o processo ganhou uma nova função como meio para concretização de direitos fundamentais.

No tocante ao instituto da audiência preliminar, esse princípio possui extrema relevância, pois é um dos motivos da necessidade da realização desta, haja vista que a realização da audiência não objetiva exclusivamente a conciliação das partes, mas também a realização de diversos atos processuais em um único momento e visa propiciar ao magistrado o contato direto com as mesmas para esclarecer dúvidas sobre a lide, intervir no sentido de restabelecer o equilíbrio processual entre os litigantes e zelar pela paridade de armas.

14 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Jurisdição e tutela específica*. *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 48, p. 21-22, mar.2007.

Sobre o tema:

É nessa audiência, portanto, que se vislumbra o ponto fulminante da oralidade, não somente porque se fala, mas porque se fala diretamente ao juiz, discutindo-se a causa, para fim de tentar a conciliação, sanear o processo e enxugar os atos processuais seguintes. Daí a importância da participação efetiva de todos os sujeitos processuais, com uma preparação prévia e satisfatória no estudo do processo. O juiz poderá tratar, nesta audiência, desiguais em patamar de igualdade, buscando a verdade e possibilitando a realização de uma justiça mais democrática. Para tanto, busca-se o embasamento desta audiência em sua estrutura principiológica: oralidade, economia processual, celeridade, publicidade, [cooperação] e contraditório.¹⁵

Conclui-se que o aludido princípio deve ser aplicado com mais frequência na realização da audiência preliminar, posto que é de grande utilidade para cognição do magistrado na busca da verdade real, propiciando uma solução mais justa ao processo e correspondendo aos anseios da jurisdição concretizadora dos direitos fundamentais dos jurisdicionados.

4 O Saneamento do Processo e a importância da fixação dos pontos controvertidos da demanda na audiência preliminar

O saneamento do processo consiste na fase em que o juiz deve resolver questões processuais pendentes. Isso se faz em nome da celeridade e utilidade do processo, pois seria contraproducente o juiz prosseguir com o feito e, na fase de sentença, identificar a impossibilidade de julgar o mérito. Ao falar em saneamento, não podemos esquecer a importância que teve o despacho saneador na evolução histórica do processo civil brasileiro.

¹⁵ FRANCO, Op. Cit., p.57.

A esse respeito, Galeno Lacerda ensina:

Podemos conceituar o despacho saneador como decisão proferida logo após a fase postulatória, na qual o juiz, examinando a legitimidade da relação processual, nega ou admite a continuação do processo ou da ação, dispondo, se necessário, sobre a correção de vícios sanáveis [...] Tem por objeto matérias que exigem o pronunciamento de ofício, mas poderá versar também questões provocadas pela parte. De ofício, deverá o juiz investigar se coexistem as condições da ação e os pressupostos processuais que admitam exame oficioso, e ordenar a suprimimento de nulidades sanáveis e irregularidades. Mediante solicitação da parte, além dessas questões, poderá julgar outras relativas ao processo e também ao mérito. Assim, na fase de saneamento do processo, o julgador poderá: a) exarar decisão terminativa, tendo em vista a ocorrência de vícios insanáveis que impedirão o conhecimento do mérito da causa ou a existência de matéria prejudicial, a qual inviabilize o exame do pedido; b) determinar, por meio de despacho, a realização de diligências no sentido de sanar os vícios ou irregularidades constantes no processo, permitindo a correta instrução do feito; e c) o juiz atestará que o processo está “isento de vícios e apto para instrução e a sentença”¹⁶.

Para Liebman¹⁷:

[...] despacho saneador, no rigor da palavra, é só aquele que, declarando saneado o processo, providencia seu regular prosseguimento. [...] Se o juiz, além de sanear o processo, julgar na mesma decisão sobre a procedência do pedido, haverá uma sentença definitiva; e se, ao contrário, houver decisão no sentido de não poder processo ser saneado por motivo de uma nulidade insanável ou falta dos requisitos estabelecidos em lei, teremos uma decisão terminativa do processo sem resolução do mérito.

¹⁶ LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. 1.ed.. Porto Alegre: La Salle, 1953. p. 7-9.; Sobre o tema alhures já se discutia o seu alcance: MELLO, Marcos Bernardes de. **Aspectos do despacho saneador**. 1.ed.. Maceió: Universidade de Alagoas, 1958. p. 21 “[...], enquanto o despacho saneador envolveu em Portugal no sentido de apanhar dentro de seus limites, as decisões de quaisquer questões, sejam de direito formal ou material, desde que o juiz se sinta, pelos elementos dos autos, suficientemente esclarecidos para julgá-las, no Brasil mantém-se estacionado, somente permitindo que sejam solucionadas questões processuais argüidas ou simplesmente existentes no processo.”

¹⁷ LIEBMAN. O Despacho saneador e o julgamento do mérito. **Revista Forense**, v.l. n. 104. p. 218.

Pois bem, se na concepção original do CPC de 1973 o saneamento do processo ocorria por meio do chamado despacho saneador, entenda-se decisão interlocutória na qual o juiz resolvia a questão sem contato com as partes, após a reforma do CPC em 1994 o saneamento deve, via de regra, ser realizado na audiência preliminar, admitidas as exceções do § 3 do art. 331 do CPC.

A mais abalizada doutrina entende que, em prestígio ao princípio da oralidade, presente na audiência preliminar, o juiz deverá proferir o saneamento do processo na forma oral e imediata, sendo vedado o saneamento escrito quando iniciada a audiência preliminar. Ressalte-se que o saneamento do processo e a oralidade presentes na audiência preliminar possuem ampla compatibilidade.

Pertinentes são as lições de Darci Guimarães Ribeiro¹⁸:

Essa fase de audiência preliminar tem por escopo *limpar* o processo de qualquer questão suscetível de distrair a atenção do juiz, que deve estar voltada, unicamente, para o *meritum causae*, ou como bem diz Liebman, 'a atividade do juiz para instruir e examinar a controvérsia submetida a julgamento será tanto mais eficiente quanto menos sua atenção e sua serenidade forem desviadas pela necessidade de resolver as dúvidas que podem ser levadas a respeito da regularidade e validade do próprio processo.

O saneamento do processo na audiência preliminar se revela importante instrumento de concentração dos atos processuais e meio hábil para celeridade do processo, haja vista que não haverá a necessidade de publicação na imprensa oficial do "despacho saneador" bem como possibilitará às partes a manifestação prévia sobre o que deve ser saneado e sobre os pontos controvertidos do processo, facultado o manejo do recurso de agravo retido de forma imediata. Assim poderá, em um único momento, ocorrer a resolução de questões processuais pendentes, bem como a fixação dos pontos controvertidos da demanda¹⁹.

18 RIBEIRO, Op. Cit., p. 790.

19 Pontos controvertidos "são aqueles afirmados por uma parte e infirmados pela outra, ou seja, na descrição de sua

A fixação de tais pontos deve ser feita na fase de saneamento do processo. Entende-se ser de extrema importância que esse ato processual seja efetivado no momento da audiência preliminar, pois nela o juiz terá contato direto com as partes e seus respectivos advogados, podendo, caso haja necessidade, dirimir dúvidas sobre a lide, bem como delimitar, desde já, as provas que deverão ser produzidas para a adequada instrução do processo.

Desse modo, a doutrina vem se manifestando no sentido de que os pontos controvertidos, quando delimitados na audiência preliminar, não poderão ser ampliados pelas partes na fase de julgamento da lide, salvo se houver a ocorrência de fatos novos. Isso se dá em razão da economia processual, já que apenas os pontos controvertidos poderão ser objeto de prova na fase de instrução processual.²⁰

ocorrência (modo de descrevê-lo) não há coincidência." É a controvérsia propriamente dita, é a unidade em que o magistrado deverá se debruçar para solucionar a lide, justificando a demonstração probatória. (GUEDES, Op. Cit. p. 109.) A expressão "pontos controvertidos", utilizada pela lei, no § 2º, do referido artigo [art. 451], é equivalente à expressão "questões controvertidas" ou, como querem os portugueses, ao *questionário*, e tem por finalidade delimitar as questões sobre os quais recairá a prova. É o chamado *thema probandum* que se refere à necessidade concreta de se fazer prova sobre algo que se encontra duvidoso na cabeça do juiz, mais especificamente, as questões de fato. Impõe-se, neste momento, frisar que não só os pontos controvertidos deverão ser fixados pelos pelo juiz na audiência preliminar, porque ele também poderá converter-se de fatos que não precisam ser provados, v.g., os fatos alegados por uma das partes e não contestados pela parte contrária, os fatos notórios, que poderão ser influentes na hora da sentença, necessitando, conseqüentemente, de uma delimitação no sentido de não mais poderem ser alterados logo adiante. Portanto, um vez fixados esses pontos controvertidos, não se pode extrair conseqüências jurídicas diversas daquelas delimitadas, sob pena de se produzir a *mutatio libelli*, proibida pelo direito pátrio, segundo o parágrafo único do art. 264 do CPC. [...] A fixação dos pontos controvertidos pode se dar: a) delimitando os pontos relevantes que foram apresentados pelas partes, conseqüentemente, estar-se-á simplificando o objetivo do processo, evitando, com isso, a produção de prova inútil; b) através de uma maior participação do juiz em audiência, que pode, inclusive, em razão da oralidade, melhor aclarar as questões contraditórias, evitando, por conseguinte, a interposição de recursos, uma vez que a discussão conjunta entre o juiz, partes e seus advogados facilita o consenso; logo, diminui o descontentamento das partes. (RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 759, a. 88, p.767-791, jan.1999.)

20 Vide: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 271-272. "O juiz pode, de ofício, fixar um ponto como controvertido. Melhor explicando: o juiz pode invocar um fato instrutório de ofício e, a partir daí, determinar que seja produzida prova em relação a ele. Superada a fase em que são fixados os pontos controvertidos, não parece racional admitir que seja possível produzir prova que diga respeito a um fato que não foi fixado como controvertido. Há, portanto, preclusão, impedindo-se que a parte possa requerer que um ponto seja fixado como controvertido depois de ultrapassada a ocasião oportuna para tanto. Aliás, se a parte tivesse esse poder, de nada adiantaria estabelecer um momento para fixação dos pontos controvertidos." p 272. Em sentido contrário: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 3.ed. rev. e amp.. São Paulo: Malheiros, 1996; SANTOS, Ernani Fidelis. **Comentário ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, s.d. 2 Coletânea, v. III, n. 254. apud CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução e julgamento**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p.61.

Acreditamos ainda que a previsão contida no art. 331 do Código de Processo Civil, em que a fixação dos pontos controvertidos será realizada na audiência preliminar revogou o art. 451 do CPC. Pelo fato de o art. 331 contemplar norma posterior fixando momento específico para realização do ato (norma com maior carga de especificidade), como também a incompatibilidade com os atuais princípios norteadores do processo civil, havendo ainda a previsão de dois momentos processuais distintos para a realização do mesmo ato fez com que o art. 451 do CPC tenha sido implicitamente revogado.²¹

Além disso, a fixação dos pontos controvertidos na audiência preliminar é um importante instrumento para efetividade do processo, pois oportuniza a melhor condução da instrução processual, haja vista que a delimitação dos pontos controvertidos será realizada juntamente com o saneamento do processo.

Diante disso, será atendido o principal escopo do instituto da delimitação dos pontos controvertidos, qual seja: o de delimitar quais os fatos que precisarão ser provados, enxugando a instrução processual e impedindo a produção de provas inúteis. Portanto, o momento processual adequado para a delimitação dos pontos controvertidos da demanda deverá ser o da audiência preliminar.²²

Conclui-se que o problema, para aqueles que defendem a abolição ou pelo menos a mitigação da utilização da audiência preliminar no direito processual civil brasileiro, não é o defeito do instituto em debate, mas sim, a má utilização do instituto pelos operadores do direito, especialmente juízes e partes.

Para os que são contrários a sua realização, resta a mitigação brasileira sua obrigatoriedade, especialmente quando o CPC deixa claro que a mesma não se realizará quando o direito em litígio não admitir tran-

²¹ Nesse sentido FRANCO, Op. Cit., p. 97-99.

²² Nesse sentido, FRANCO, Op. Cit., p. 97-99.

sação ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, trabalhando o legislador com conceito indeterminado dotado de grande carga de subjetividade, dando ampla margem ao juiz para deixar de realizá-la.

Poderá ainda colaborar com tal entendimento, ou seja, pela não realização da referida audiência, decisões do STJ que entenderam inexistir nulidade do processo na sua ausência (RSTJ 149/471: 5ª T; no mesmo sentido STJ- 1ª T., REsp 769.119, Min. Teori Zavascki).

Vale porém ressaltar que, não sendo o caso de realização da referida audiência, deverá o juiz sanear o processo e ordenar a produção de prova, nos termos do § 3 do art. 331 do CPC, estando revogado por incompatibilidade lógica o art. 451 do CPC, que permite fixação dos pontos controvertidos na audiência de instrução, ou seja, após deferidas as provas a serem produzidas, numa inversão da lógica procedimental.

5 A obrigatoriedade do comparecimento das partes ou procuradores e o Projeto de Lei nº 135/2004 do Senado Federal

Ao designar a audiência preliminar, o juiz deverá intimar pessoalmente as partes, bem com seus procuradores para o comparecimento, permitido às partes nomearem prepostos com poderes especiais para transigir sobre o mérito da demanda. Essa prática já havia sido reconhecida pela doutrina e jurisprudência, baseada na experiência de tal prática pela Justiça do Trabalho²³.

²³ Sobre o tema: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves Comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. "Outra alteração promovida pela reforma de 2002 diz respeito à possibilidade de a parte se fazer representar na audiência preliminar (isto é, com possibilidade de transigir ou fazer acordo) das pessoas jurídicas de maior porte. Trata-se de regra que, ao nosso ver, tem em mira apenas e exclusivamente deixar patente algo a prática forense, especialmente da Justiça do Trabalho, de há muito já consagrou e que, talvez, ainda encontre alguma resistência no âmbito da Justiça cível. Nada mais natural do que permitir à pessoa jurídica que se faça representar na audiência por alguém que, devidamente autorizado, possa em seu nome celebrar acordo." p. 90.

Acreditamos ainda que a previsão contida no art. 331 do Código de Processo Civil, em que a fixação dos pontos controvertidos será realizada na audiência preliminar revogou o art. 451 do CPC. Pelo fato de o art. 331 contemplar norma posterior fixando momento específico para realização do ato (norma com maior carga de especificidade), como também a incompatibilidade com os atuais princípios norteadores do processo civil, havendo ainda a previsão de dois momentos processuais distintos para a realização do mesmo ato fez com que o art. 451 do CPC tenha sido implicitamente revogado.²¹

Além disso, a fixação dos pontos controvertidos na audiência preliminar é um importante instrumento para efetividade do processo, pois oportuniza a melhor condução da instrução processual, haja vista que a delimitação dos pontos controvertidos será realizada juntamente com o saneamento do processo.

Diante disso, será atendido o principal escopo do instituto da delimitação dos pontos controvertidos, qual seja: o de delimitar quais os fatos que precisarão ser provados, enxugando a instrução processual e impedindo a produção de provas inúteis. Portanto, o momento processual adequado para a delimitação dos pontos controvertidos da demanda deverá ser o da audiência preliminar.²²

Conclui-se que o problema, para aqueles que defendem a abolição ou pelo menos a mitigação da utilização da audiência preliminar no direito processual civil brasileiro, não é o defeito do instituto em debate, mas sim, a má utilização do instituto pelos operadores do direito, especialmente juízes e partes.

Para os que são contrários a sua realização, resta a mitigação brasileira sua obrigatoriedade, especialmente quando o CPC deixa claro que a mesma não se realizará quando o direito em litúgio não admitir tran-

21 Nesse sentido FRANCO, Op. Cit., p. 97-99.

22 Nesse sentido, FRANCO, Op. Cit., p. 97-99.

sação ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, trabalhando o legislador com conceito indeterminado dotado de grande carga de subjetividade, dando ampla margem ao juiz para deixar de realizá-la.

Poderá ainda colaborar com tal entendimento, ou seja, pela não realização da referida audiência, decisões do STJ que entenderam inexistir nulidade do processo na sua ausência (RSTJ 149/471: 5ª T; no mesmo sentido STJ- 1ª T., REsp 769.119, Min. Teori Zavascki).

Vale porém ressaltar que, não sendo o caso de realização da referida audiência, deverá o juiz sanear o processo e ordenar a produção de prova, nos termos do § 3 do art. 331 do CPC, estando revogado por incompatibilidade lógica o art. 451 do CPC, que permite fixação dos pontos controvertidos na audiência de instrução, ou seja, após deferidas as provas a serem produzidas, numa inversão da lógica procedimental.

5 A obrigatoriedade do comparecimento das partes ou procuradores e o Projeto de Lei nº 135/2004 do Senado Federal

Ao designar a audiência preliminar, o juiz deverá intimar pessoalmente as partes, bem com seus procuradores para o comparecimento, permitido às partes nomearem prepostos com poderes especiais para transigir sobre o mérito da demanda. Essa prática já havia sido reconhecida pela doutrina e jurisprudência, baseada na experiência de tal prática pela Justiça do Trabalho²³.

23 Sobre o tema: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves Comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. "Outra alteração promovida pela reforma de 2002 diz respeito à possibilidade de a parte se fazer representar na audiência preliminar (isto é, com possibilidade de transigir ou fazer acordo) das pessoas jurídicas de maior porte. Trata-se de regra que, ao nosso ver, tem em mira apenas e exclusivamente deixar patente algo a prática forense, especialmente da Justiça do Trabalho, de há muito já consagrou e que, talvez, ainda encontre alguma resistência no âmbito da justiça cível. Nada mais natural do que permitir à pessoa jurídica que se faça representar na audiência por alguém que, devidamente autorizado, possa em seu nome celebrar acordo." p. 90.

Acreditamos ainda que a previsão contida no art. 331 do Código de Processo Civil, em que a fixação dos pontos controvertidos será realizada na audiência preliminar revogou o art. 451 do CPC. Pelo fato de o art. 331 contemplar norma posterior fixando momento específico para realização do ato (norma com maior carga de especificidade), como também a incompatibilidade com os atuais princípios norteadores do processo civil, havendo ainda a previsão de dois momentos processuais distintos para a realização do mesmo ato fez com que o art. 451 do CPC tenha sido implicitamente revogado.²¹

Além disso, a fixação dos pontos controvertidos na audiência preliminar é um importante instrumento para efetividade do processo, pois oportuniza a melhor condução da instrução processual, haja vista que a delimitação dos pontos controvertidos será realizada juntamente com o saneamento do processo.

Diante disso, será atendido o principal escopo do instituto da delimitação dos pontos controvertidos, qual seja: o de delimitar quais os fatos que precisarão ser provados, enxugando a instrução processual e impedindo a produção de provas inúteis. Portanto, o momento processual adequado para a delimitação dos pontos controvertidos da demanda deverá ser o da audiência preliminar.²²

Conclui-se que o problema, para aqueles que defendem a abolição ou pelo menos a mitigação da utilização da audiência preliminar no direito processual civil brasileiro, não é o defeito do instituto em debate, mas sim, a má utilização do instituto pelos operadores do direito, especialmente juízes e partes.

Para os que são contrários a sua realização, resta a mitigação brasileira sua obrigatoriedade, especialmente quando o CPC deixa claro que a mesma não se realizará quando o direito em litígio não admitir tran-

21 Nesse sentido FRANCO, Op. Cit., p. 97-99.

22 Nesse sentido, FRANCO, Op. Cit., p. 97-99.

sação ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, trabalhando o legislador com conceito indeterminado dotado de grande carga de subjetividade, dando ampla margem ao juiz para deixar de realizá-la.

Poderá ainda colaborar com tal entendimento, ou seja, pela não realização da referida audiência, decisões do STJ que entenderam inexistir nulidade do processo na sua ausência (RSTJ 149/471: 5ª T; no mesmo sentido STJ- 1ª T., REsp 769.119, Min. Teori Zavascki).

Vale porém ressaltar que, não sendo o caso de realização da referida audiência, deverá o juiz sanear o processo e ordenar a produção de prova, nos termos do § 3 do art. 331 do CPC, estando revogado por incompatibilidade lógica o art. 451 do CPC, que permite fixação dos pontos controvertidos na audiência de instrução, ou seja, após deferidas as provas a serem produzidas, numa inversão da lógica procedimental.

5 A obrigatoriedade do comparecimento das partes ou procuradores e o Projeto de Lei nº 135/2004 do Senado Federal

Ao designar a audiência preliminar, o juiz deverá intimar pessoalmente as partes, bem com seus procuradores para o comparecimento, permitido às partes nomearem prepostos com poderes especiais para transigir sobre o mérito da demanda. Essa prática já havia sido reconhecida pela doutrina e jurisprudência, baseada na experiência de tal prática pela Justiça do Trabalho.²³

23 Sobre o tema: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves Comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. "Outra alteração promovida pela reforma de 2002 diz respeito à possibilidade de a parte se fazer representar na audiência preliminar (isto é, com possibilidade de transigir ou fazer acordo) das pessoas jurídicas de maior porte. Trata-se de regra que, ao nosso ver, tem em mira apenas e exclusivamente deixar patente algo a prática forense, especialmente da Justiça do Trabalho, de há muito já consagrou e que, talvez, ainda encontre alguma resistência no âmbito da justiça cível. Nada mais natural do que permitir à pessoa jurídica que se faça representar na audiência por alguém que, devidamente autorizado, possa em seu nome celebrar acordo." p. 90.

Acreditamos ainda que a previsão contida no art. 331 do Código de Processo Civil, em que a fixação dos pontos controvertidos será realizada na audiência preliminar revogou o art. 451 do CPC. Pelo fato de o art. 331 contemplar norma posterior fixando momento específico para realização do ato (norma com maior carga de especificidade), como também a incompatibilidade com os atuais princípios norteadores do processo civil, havendo ainda a previsão de dois momentos processuais distintos para a realização do mesmo ato fez com que o art. 451 do CPC tenha sido implicitamente revogado.²¹

Além disso, a fixação dos pontos controvertidos na audiência preliminar é um importante instrumento para efetividade do processo, pois oportuniza a melhor condução da instrução processual, haja vista que a delimitação dos pontos controvertidos será realizada juntamente com o saneamento do processo.

Diante disso, será atendido o principal escopo do instituto da delimitação dos pontos controvertidos, qual seja: o de delimitar quais os fatos que precisarão ser provados, enxugando a instrução processual e impedindo a produção de provas inúteis. Portanto, o momento processual adequado para a delimitação dos pontos controvertidos da demanda deverá ser o da audiência preliminar.²²

Conclui-se que o problema, para aqueles que defendem a abolição ou pelo menos a mitigação da utilização da audiência preliminar no direito processual civil brasileiro, não é o defeito do instituto em debate, mas sim, a má utilização do instituto pelos operadores do direito, especialmente juízes e partes.

Para os que são contrários a sua realização, resta a mitigação brasileira sua obrigatoriedade, especialmente quando o CPC deixa claro que a mesma não se realizará quando o direito em litígio não admitir tran-

²¹ Nesse sentido FRANCO, Op. Cit., p. 97-99.

²² Nesse sentido, FRANCO, Op. Cit., p. 97-99.

sação ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, trabalhando o legislador com conceito indeterminado dotado de grande carga de subjetividade, dando ampla margem ao juiz para deixar de realizá-la.

Poderá ainda colaborar com tal entendimento, ou seja, pela não realização da referida audiência, decisões do STJ que entenderam inexistir nulidade do processo na sua ausência (RSTJ 149/471: 5ª T; no mesmo sentido STJ- 1ª T., REsp 769.119, Min. Teori Zavascki).

Vale porém ressaltar que, não sendo o caso de realização da referida audiência, deverá o juiz sanear o processo e ordenar a produção de prova, nos termos do § 3 do art. 331 do CPC, estando revogado por incompatibilidade lógica o art. 451 do CPC, que permite fixação dos pontos controvertidos na audiência de instrução, ou seja, após deferidas as provas a serem produzidas, numa inversão da lógica procedimental.

5 A obrigatoriedade do comparecimento das partes ou procuradores e o Projeto de Lei nº 135/2004 do Senado Federal

Ao designar a audiência preliminar, o juiz deverá intimar pessoalmente as partes, bem com seus procuradores para o comparecimento, permitido às partes nomearem prepostos com poderes especiais para transigir sobre o mérito da demanda. Essa prática já havia sido reconhecida pela doutrina e jurisprudência, baseada na experiência de tal prática pela Justiça do Trabalho.²³

²³ Sobre o tema: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves Comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. "Outra alteração promovida pela reforma de 2002 diz respeito à possibilidade de a parte se fazer representar na audiência preliminar (isto é, com possibilidade de transigir ou fazer acordo) das pessoas jurídicas de maior porte. Trata-se de regra que, ao nosso ver, tem em mira apenas e exclusivamente deixar patente algo a prática forense, especialmente da Justiça do Trabalho, de há muito já consagrado e que, talvez, ainda encontre alguma resistência no âmbito da justiça cível. Nada mais natural do que permitir à pessoa jurídica que se faça representar na audiência por alguém que, devidamente autorizado, possa em seu nome celebrar acordo." p. 90.

No tocante a obrigatoriedade das partes comparecerem pessoalmente à audiência ou de nomearem procuradores aptos para transigir, a doutrina e os tribunais vem entendendo que o descumprimento não gerará nenhuma sanção processual.

Nesse sentido Humberto Theodoro Júnior²⁴:

[...] caberá [a parte] decidir sobre a conveniência do comparecimento em pessoa ou por meio de procuradores. Adotada essa última opção, aos representantes terão de ser outorgados por poderes especiais para transigir. Tanto poderá desempenhar o mandato um representante qualquer como o próprio advogado, desde que portadores dos poderes necessários.

A doutrina, de longa data, vem debatendo sobre a necessidade do comparecimento das partes à audiência preliminar e as possíveis conseqüências da sua desídia ou de seus advogados. Caso as partes não compareçam à audiência, o juiz deverá interpretar como a recusa de promover a conciliação e deverá, desde já, delimitar os pontos controvertidos da demanda e promover o saneamento do processo.

Com relação à obrigatoriedade do comparecimento dos advogados à audiência preliminar, a mais abalizada doutrina tem entendido que descabe qualquer sanção. Ressalte-se que neste caso deverá o juiz fixar os pontos controvertidos da demanda, resolver as questões processuais pendentes e delimitar as provas que serão produzidas na instrução processual.

Saliente-se que, em virtude das alterações do Código de Processo Civil, promovidas pela Lei. nº 11.187/2005, o não comparecimento à audiência preliminar por parte do advogado ocasionará a preclusão das questões decididas com prejuízo do direito de impugná-las em audiência, já que, em regra, contra tais decisões caberá o agravo retido, que deverá ser interposto imediatamente e na forma oral.

24 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo civil brasileiro: no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 152.

Essa alteração legislativa se coaduna com anseios de celeridade e efetividade da norma constitucional, prestigiando a oralidade e a concentração dos atos processuais, haja vista que as questões decididas na audiência serão decididas e impugnadas imediatamente, podendo, inclusive, o juiz exercer o juízo de retratação.

Ademais, com escopo de harmonizar o sistema processual brasileiro, notadamente em razão de constantes reformas na legislação processual, o Senador Pedro Simon, acatando pedido da Associação dos Magistrados Brasileiros, apresentou o Projeto de lei nº 135/2004, que acrescenta o seguinte parágrafo ao artigo 331 do Código de Processo Civil:

§ 4º - Poderá o Juiz dispensar a produção das provas requeridas e não ratificadas na audiência preliminar pela parte cujo advogado injustificadamente deixou de comparecer ao ato.²⁵

Não merece reparos a justificativa esculpida no Projeto de Lei nº 135/2004 para alteração legislativa:

A audiência preliminar prevista no art. 331 do Código de Processo Civil – CPC constituiu alteração procedimental de grande importância, viabilizando real transformação no modo-de-ser do procedimento ordinário brasileiro, ao permitir, com base nos princípios da oralidade e concentração, que o Juiz, em um só ato e momento, pudesse realmente organizar o processo. Não obstante, na prática, tem sido utilizado de forma burocrática como audiência de mera tentativa de conciliação, sem que sejam cumpridos os demais objetivos do ato, quais sejam, a correta delimitação da controvérsia, antecedida do saneamento do feito. Esse, é verdade, pode ser antecipado via despacho saneador escrito, onde são afastadas as questões processuais pendentes de julgamento. A fixação da controvérsia, todavia, para atingir o resultado desejado, deve ser realizada oralmente, na aludida audiência, com a participação das partes por meio dos seus procuradores, a quem incumbe o ônus de participar da correta delimitação dos fatos controvertidos da causa e das provas a

25 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 135 de 13.05.2004**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getHTML.asp?t=1587>>. Acesso em: 07 maio 2008.

serem produzidas. Tanto assim que, ausente a parte e seu procurador na audiência preliminar, e não interpondo, oportunamente, recurso contra a decisão em que fixados os pontos controvertidos, decidida eventualmente a inversão do ônus da prova e deferidas ou indeferidas provas requeridas pelas partes, restará preclusa a matéria, porque superada a fase, não se mostrando racional admitir que seja possível produzir prova que diga respeito a um fato que não foi fixado como controvertido na oportunidade própria. Na prática, todavia, como os advogados encaram a referida audiência preliminar como mera tentativa de conciliação, deixam de comparecer ao ato, impedindo a rápida solução do litígio, na medida em que também o Juiz, em circunstâncias tais, deixa de cumprir o seu dever de fixar os pontos controvertidos, ordenando, burocraticamente, que as partes manifestem-se, por escrito, acerca das provas que pretendam produzir. Há que se mudar essa mentalidade e tornar efetivos os princípios da oralidade e da concentração almejados, acrescentando-se ao art. 331 do CPC dispositivo que estabeleça, para os advogados, o ônus do comparecimento à audiência preliminar.

Diante do exposto, após interpretação sistêmica do sistema processual civil brasileiro, entendemos que o comparecimento à audiência preliminar, por parte dos advogados, é um ônus processual gerando a preclusão dos atos que nela forem praticados, restando prejudicado o direito de impugnar, por meio de recurso, as questões decididas. Ademais, é de suma importância para a harmonização do instituto da audiência preliminar no direito processual civil brasileiro, a conversão em lei do projeto acima citado, pois só assim será dada a adequada dimensão a esse instrumento tão importante para legitimar as decisões judiciais com a efetiva participação dos sujeitos do processo na solução dos casos concretos.

6 Conclusão

Os atos praticados na audiência preliminar, tais como tentativa de conciliação, fixação dos pontos controvertidos, saneamento do processo e determinação das provas a serem produzidas em sede de instrução

processual são de fundamental importância para o desenvolvimento adequado do processo, especialmente quando a prática de tais atos se dá na presença das partes e de seus advogados, tendo o juiz a possibilidade de buscar uma solução dialogada para o conflito. Tal audiência tem se revelado, quando realizada adequadamente (com profundo conhecimento dos autos pelo juiz e não como mera tentativa de conciliação), como eficaz instrumento de concentração dos atos processuais e meio hábil para propiciar a celeridade do processo, tendo em vista que o juiz poderá, mediante diálogo com as partes, enxugar e simplificar o processo, deixando claro aquilo que permanece controvertido e deferindo as provas que poderão ser produzidas para resolução da controvérsia. Acrescente-se que, praticados os atos em audiência, desaparece a necessidade de publicação pela imprensa oficial das decisões ali proferidas, bem como obriga os advogados que interponham agravo retido e ofereçam contra-razões, oralmente, na própria audiência, evitando a preclusão das questões decididas. Mesmo diante do risco da preclusão e cientes os advogados da importância do comparecimento, julgamos relevante a conversão em lei do Projeto de nº 135/2004 do Senado Federal pelos fundamentos já explicitados.

É pelas razões expostas no presente trabalho que não relutamos em apontar a audiência preliminar como eixo central e aglutinador dos atos de cognição processual.

Preliminary hearing: the central axis and unify the procedural acts of cognition

Abstract

In search of a civil proceeding of results and the process tool so that the state-court to make the right to a fair and appropriate, should highlight the principles of due process, adversarial, oral, immediate and concentration, among others. These principles can better guide the judge to form his belief before the completion of litigation, especially regarding the setting of the points at issue and definition of evidence to be produced at trial. It is ideal that these decisions, which concern the

implementation and improvement of the process, can be taken with the judge in direct contact with the parties, its prestigious nature dialectic. And the judge, leaving aside a neutral absurd and outdated, has the important opportunity to work, including assistance to ensure the equality of arms in the process.

Key-words: Brazilian Civil Proceedings. Preliminary hearing. Judicial activism. Dialectical character.

7 Referências

- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Jurisdição e Tutela Específica. *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 48, p. 21-22, mar.2007.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento*. 4.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- CHUEIRI, Miriam Fecchio. *A audiência preliminar no procedimento ordinário do código de processo civil brasileiro*. Londrina, 1999. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 7.ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 3

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Audiência preliminar no Processo Civil Moderno*. MARINONI, Luiz Guilherme; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coords.). *A segunda etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERNANDES, Iara de Toledo. Da audiência preliminar do artigo 331do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 81, a. 21, p. 43-47, jan./mar. 1996.

FRANCO, André Ricardo. *Audiência preliminar do rito ordinário no Direito Processual Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

GUEDES, Jefferson Carús. *Princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. 1. ed. Porto Alegre: La Salle, 1953.

LEITE, Mário Sérgio. A decisão saneadora em face da nova redação do artigo 331 do código de processo civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 752, a. 87, p.123-130, ago. 1998.

LIMA, Alcides de Mendonça. Do saneamento do processo. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). **Saneamento do processo: estudos em homenagem do professor Galeno Lacerda**. Porto Alegre: Fabris, 1989.

LOPES, João Batista. Função Social e Efetividade do Processo Civil. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 13, p. 29-34, abr. 2004.

MACHADO, António Montalvão. **O Dispositivo e os poderes do tribunal à luz do Novo Código de Processo Civil**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. A audiência preliminar e a seqüência do processo. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 9, p. 106-117, dez. 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Aspectos do Despacho Saneador**. 1.ed. Maceió: Universidade de Alagoas, 1958.

MENDES, Francisco de Assis Figueira. A influência do código modelo para a ibero-américa no sistema processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 92, a. 23, p. 110-124, out./dez. 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro e o procedimento por audiências. In: TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL. São Paulo: Saraiva, 1997. Sexta Série.

_____. Correntes e contracorrentes no Processo Civil Contemporâneo. In: TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Saneamento do processo e audiência preliminar. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 40, a. 10, p. 109-135, out./dez. 1985.

_____. Vicissitudes da audiência preliminar. In: TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL. São Paulo: Saraiva, 2007. Nona Série

NERY JÚNIOR, Nelson. Audiência preliminar e saneamento do processo. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Org.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIBEIRO, Darcy Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 759, a. 88, p.767-791, jan. 1999.

SILVA, Carlos Manoel Ferreira da. A audiência preliminar no código modelo de processo civil para América Latina e nas linhas orientadoras da nova legislação processual civil portuguesa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 71, a. 21, p.43-55, out./dez. 1996.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Apreciação de Alguns Aspectos da Revisão do Processo Civil – Projecto**. ROA, 1995, II.

TALAMINI, Eduardo. Saneamento do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 86, a. 22, p.76-111, abr./jun. 1997.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. 1. ed. Porto Alegre: La Salle, 1953.

LEITE, Mário Sérgio. A decisão saneadora em face da nova redação do artigo 331 do código de processo civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 752, a. 87, p.123-130, ago. 1998.

LIMA, Alcides de Mendonça. Do saneamento do processo. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). **Saneamento do processo: estudos em homenagem do professor Galeno Lacerda**. Porto Alegre: Fabris, 1989.

LOPES, João Batista. Função Social e Efetividade do Processo Civil. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 13, p. 29-34, abr. 2004.

MACHADO, António Montalvão. **O Dispositivo e os poderes do tribunal à luz do Novo Código de Processo Civil**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. A audiência preliminar e a seqüência do processo. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 9, p. 106-117, dez. 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Aspectos do Despacho Saneador**. 1.ed. Maceió: Universidade de Alagoas, 1958.

MENDES, Francisco de Assis Figueira. A influência do código modelo para a ibero-américa no sistema processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 92, a. 23, p. 110-124, out./dez. 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro e o procedimento por audiências. In: TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL. São Paulo: Saraiva, 1997. Sexta Série.

_____. Correntes e contracorrentes no Processo Civil Contemporâneo. In: TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Saneamento do processo e audiência preliminar. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 40, a. 10, p. 109-135, out./dez. 1985.

_____. Vicissitudes da audiência preliminar. In: TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL. São Paulo: Saraiva, 2007. Nona Série

NERY JÚNIOR, Nelson. Audiência preliminar e saneamento do processo. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Org.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 759, a. 88, p.767-791, jan. 1999.

SILVA, Carlos Manoel Ferreira da. A audiência preliminar no código modelo de processo civil para América Latina e nas linhas orientadoras da nova legislação processual civil portuguesa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 71, a. 21, p.43-55, out./dez. 1996.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Apreciação de Alguns Aspectos da Revisão do Processo Civil – Projecto**. ROA, 1995, II.

TALAMINI, Eduardo. Saneamento do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 86, a. 22, p.76-111, abr./jun. 1997.

TARZIA, Giuseppe. A audiência preliminar no processo civil. **Revista Gênese**, Curitiba, n. 3, set./dez. 1996.

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

TUCCI, Rogério Lauria. Nova fase saneadora do processo civil brasileiro. TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Org.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

VESCOVI, Enrique. **Los Poderes probatorios del juez civil en Los Nuevos sistemas procesales**. Cedam : Studi in onore di Vittorio Denti, 1994. v. II

VIANA, Juvêncio Vasconcelos Viana. Da audiência preliminar. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 20, p. 32-45, nov.2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves Comentários à 2. fase da reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Referência deste artigo

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Audiência Preliminar: eixo central e aglutinador dos atos de cognição processual. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 407-434, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em 30 nov. 2008. Aprovado em: 19 jan. 2009.

Discricionariedade administrativa: Controle judicial pelo viés da Proporcionalidade e Razoabilidade

Maria Beatriz Ribeiro Gonçalves

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife –
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.
Oficiala de Justiça do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Resumo

Este trabalho tem o escopo de analisar criticamente a possibilidade do controle judicial em face dos atos administrativos discricionários. Tendo em vista a atuação exclusiva do agente público na valoração da oportunidade e conveniência da prática dos atos discricionários, o controle judicial limita-se a evitar abusos e arbitrariedade desses

administradores, submetendo o poder discricionário aos princípios constitucionais implícitos da proporcionalidade e da razoabilidade.

Palavras-chave: Atos administrativos discricionários. Controle judicial. Proporcionalidade. Razoabilidade.

1 Introdução

A Administração Pública, como há de ser em um Estado de Direito, age em obediência à lei, somente calcada nela e tendo em vista o fiel cumprimento das finalidades impostas pelo ordenamento normativo. Vigora, para a Administração, o chamado “princípio da legalidade estrita”, posto que, “além de não poder atuar contra *legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*” (STASSINOPOULOS,

apud MELLO, 2005, p. 23). Na prática de seus atos a Administração se subsume completamente à lei. Em alguns casos, a lei regula dada situação em termos tais que não resta ao administrador tomar outra atitude que não aquela prevista na lei. De fato, não lhe resta margem alguma de liberdade, posto que a norma a ser implementada prevê antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática de dado ato, bem como o conteúdo que este terá em caso de ocorrência da hipótese legalmente prevista. Nestes casos há vinculação da Administração, e conseqüentemente, o ato a ser expedido é ato vinculado. Quanto a estes, não há controvérsia sobre a possibilidade de controle jurisdicional, posto que tal controle se resumirá a averiguar a subsunção do ato praticado ao comando previsto na norma, ante a ocorrência do fato concreto que enseja a aplicação daquela.

A confusão se instala quando da prática de atos discricionários. Ante a gama de acontecimentos e situações concretas com as quais a Administração tem que lidar, o legislador, em certos casos (vale dizer, na larga maioria deles), deixou a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, para que ele decida, frente ao caso concreto, quanto ao momento da prática do ato; à forma do ato (esta, sendo discricionária apenas para a doutrina minoritária, à qual nos filiamos, baseados nas disposições da lei do procedimento administrativo de 1995); ao motivo do ato e ao seu objeto. Há também discricionariedade quando a lei utiliza expressões imprecisas, visto que, para além de simples interpretação, tais conceitos fluidos previstos na norma deixam para o aplicador uma liberdade intelectual de apreciação que, em concreto, lhe foi facultada pelo direito. Dada ao administrador esta liberdade, que ele preencherá com seu juízo administrativo, caberá ao poder judiciário o controle desse ato discricionário? Defronte ao dinâmico agir da Administração, tal jurisdicalização não viria a engessar o dia-a-dia estatal? Por outro lado, discricionariedade sem limites não se aproxima de arbitrariedade,

mesmo que arvorada formalmente (e apenas formalmente) em lei? Se a Constituição Federal garantiu aos cidadãos que toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito será apreciada pelo judiciário, qual é a medida dessa sindicabilidade, de modo a resguardar a tripartição dos poderes? O controle jurisdicional se limita à verificação dos pressupostos fáticos e formais da lei ou deverá ser um controle de mérito, de conveniência e principiológico?

Essas são algumas das questões enfrentadas e esclarecidas no presente artigo, que tem o objetivo de afirmar a possibilidade, e principalmente a necessidade, de uma profunda análise judicial do ato administrativo discricionário, inclusive adentrando no seu mérito – por que não? – se este desborda dos limites legais, posto que ato estatal algum pode se furtar aos princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade.

2 Idéia de estado de direito e finalidade da administração pública

O advento do Estado de Direito promoveu uma profunda subversão na idéia então aceita de que o Poder divino nas mãos do soberano o colocava em um patamar superior aos demais súditos (e não cidadãos, como nos lembra Celso Antonio Bandeira de Mello (2005, p. 40)), conceito este bem sintetizado na máxima já conhecida: “The king can do no wrong”: O rei não pode errar. É que o “príncipe”, como senhor do interesse público, não estava subordinado a qualquer norma (QUEIRÓ, *apud* HARGER, 1998, p. 98). Em contraposição ao Estado de Polícia, o Estado de Direito firmou a submissão do Estado (do Poder) ao Direito, regulando a relação entre os governantes e os cidadãos. É a idéia da “força vinculante bilateral da norma” de Ihering, que vincula ao mesmo e tempo e do mesmo modo as autoridades e os cidadãos, e todas as autoridades e todos os cidadãos, em contraposição

a todos os estados de privilégio. (ENTERRÍA apud COELHO, 2002, p. 5). Esse foi o início do Direito Administrativo, que trouxe a disciplina do poder, sua contenção e a inauguração dos direitos dos administrados. Vê-se que o Direito Administrativo se impôs como limite ao Poder. Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 41) nos traz que o direito administrativo não é um direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É, pelo contrário, um direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do poder estatal.

O Estado de Direito é a “consagração jurídica de um projeto político” (MELLO, 1993, p. 1), e tem raízes na confluência de duas vertentes de pensamento: as idéias de Montesquieu e de Rousseau. De fato, o pensamento de Rousseau, que se apóia na idéia de igualdade, sustenta a soberania popular: se todos os homens têm igual valor, não é razoável que a apenas um destes, qual seja, ao soberano, sejam dados infinitos poderes para governar aos demais. No caso, todo o poder ao povo pertenceria, e o Estado apenas receberia parcelas de poder deferidas pelos vários indivíduos, de sorte que a origem do poder não mais seria algo de divino, mas uma resultante direta da vontade daqueles que compõem a sociedade. É a idéia de democracia resultante do contrato social. Completando este pensamento, a tese de Montesquieu sobre a tripartição dos poderes tem o fito de impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes. “(...) É uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder tende a abusar dele; ele vai até onde encontra limites (...) Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder.” (MELLO, 2005, p. 29).

A junção dessas duas idéias se juridicizou no modelo do “Estado de Direito”. Nele, por força do fato de que todo o poder emana do povo (Constituição da República Federativa Brasileira, art. 1º, §1º) e por

força da tripartição no exercício do poder (Constituição da República Federativa Brasileira, art. 2º), as atividades estatais, maiormente as administrativas, nada mais são do que o cumprimento dessa vontade geral fixada nas leis. Desta feita, exsurge do Estado de Direito o princípio da legalidade, que nos permite dizer que a atividade administrativa é essencialmente uma atividade sublegal, infralegal, de cumprimento da lei. Mais do que agir sem ferir a lei, a Administração tem sua pedra angular no princípio da legalidade, pois “só a lei é fonte legítima da manifestação do Poder Estatal, que se desloca, portanto, da figura do monarca para se tornar, no Estado de Direito, a única possibilidade do atuar administrativo” (COELHO, 2002, p. 16). A Administração Pública “é mais assujeitada a um quadro normativo constritor do que as atividades particulares” (MELLO, 1992, p. 12), posto que somente pode fazer o que lhe é permitido por lei.

Dentro desses limites é que a administração age de modo a cumprir o dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica. Aqui, cabe ressaltar que a razão de ser da Administração é, em última análise, a de satisfação – obrigatória – dos interesses públicos, e somente para tal fim é que dispõe de poderes instrumentais legitimados no ordenamento jurídico. Daí vem a expressão, consagrada por Celso Antonio Bandeira de Mello (2005, p. 112), de **deveres-poderes** da administração, pondo em destaque a prestação de deveres para com os administrados em detrimento dos poderes, que são apenas instrumentos para a consecução do fim maior. “O eixo metodológico do Direito Público não gira em torno da idéia de poder, mas gira em torno da idéia de dever” (MELLO, 1992, p. 14).

3 Atos administrativos, atos vinculados e a necessária discricionariedade da administração

Para bem cumprir seu dever, o Estado em sua função administrativa pratica os chamados “atos administrativos”. Tais atos são espécie do gênero ato jurídico, que aqui conceituaremos, à parte de mais profundas discussões de significação, como sendo toda manifestação unilateral regida pela vontade humana que traz conseqüências jurídicas. Dentro deste gênero, os atos jurídicos administrativos limitam-se àquelas declarações que repercutem, mais especificamente, no Direito Administrativo.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 295) ato administrativo é a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com a observância da lei sob regime jurídico de direito público e sujeito a controle do Poder Judiciário. Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 356) conceitua o ato administrativo como declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes, como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. Para Hely Lopes Meireles (2006, p. 235), o ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

No exercício da função administrativa é possível a expedição de atos vinculados ou atos discricionários. Ocorre vinculação quando a norma que confere competência à Administração já determina, de modo preciso e absoluto, o único comportamento a ser exercido pelo agente público diante da ocorrência, no caso concreto, da hipótese abstrata

por ela prevista. A norma indica as condições fáticas de tal modo que somente admite a verificação de sua existência ou não, excluindo do âmbito analítico do administrador qualquer valoração quanto a outras circunstâncias, porque tais condições não são suscetíveis de existirem em medidas distintas. “A lei, em tais casos, esgota todas as possibilidades de atuação do poder público de modo a constituir uma hipótese legal completa e definida em todas as suas condições e conseqüências” (ENTERRÍA, *apud* HARGER, 1998, p. 290). Quando assim ocorre, o administrador não dispõe de liberdade alguma para valorar o fato segundo seu juízo subjetivo.

Segundo Marcelo Harger (1998, p. 290), a atividade administrativa fica reduzida à constatação da ocorrência do pressuposto de fato que dá origem à incidência do mandamento previsto pela norma. Constatada a existência do fato, a administração deverá agir de acordo com o que a lei já haja previsto para esta situação. Para Garcia de Enterría (*apud* HARGER, 1998, p. 291), atua, pois, de um modo que poder-se-ia até dizer “automático” caso não houvesse um reduzido espaço para os processos interpretativos. Aqui, o legislador mesmo já determina qual a solução que considera a melhor para o atendimento dos fins que pretende satisfazer. No dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello (2005, p. 402), nos atos de competência vinculada, a previsão do acontecimento em função do qual o sujeito agirá é de uma objetividade absoluta, e o comportamento a ser tomado, além de ser exigido, é exatamente especificado.

Na maioria das situações enfrentadas no dia-a-dia da Administração, todavia, o agente público se depara com “atos praticados no exercício de competência discricionária” (MELLO, 2005, p. 398). De fato, o legislador, diante da impossibilidade de prever todas as nuances das situações fáticas que podem acarretar a incidência da norma, necessitou conferir ao legislador a probabilidade de escolher, com base em seus próprios critérios, qual a melhor solução em face daquele determinado caso concreto. Tais atos a Administração pratica com certa margem de

3 Atos administrativos, atos vinculados e a necessária discricionariedade da administração

Para bem cumprir seu dever, o Estado em sua função administrativa pratica os chamados “atos administrativos”. Tais atos são espécie do gênero ato jurídico, que aqui conceituaremos, à parte de mais profundas discussões de significação, como sendo toda manifestação unilateral regida pela vontade humana que traz conseqüências jurídicas. Dentro deste gênero, os atos jurídicos administrativos limitam-se àquelas declarações que repercutem, mais especificamente, no Direito Administrativo.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 295) ato administrativo é a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com a observância da lei sob regime jurídico de direito público e sujeito a controle do Poder Judiciário. Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 356) conceitua o ato administrativo como declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes, como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. Para Hely Lopes Meireles (2006, p. 235), o ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

No exercício da função administrativa é possível a expedição de atos vinculados ou atos discricionários. Ocorre vinculação quando a norma que confere competência à Administração já determina, de modo preciso e absoluto, o único comportamento a ser exercido pelo agente público diante da ocorrência, no caso concreto, da hipótese abstrata

por ela prevista. A norma indica as condições fáticas de tal modo que somente admite a verificação de sua existência ou não, excluindo do âmbito analítico do administrador qualquer valoração quanto a outras circunstâncias, porque tais condições não são suscetíveis de existirem em medidas distintas. “A lei, em tais casos, esgota todas as possibilidades de atuação do poder público de modo a constituir uma hipótese legal completa e definida em todas as suas condições e conseqüências” (ENTERRÍA, *apud* HARGER, 1998, p. 290). Quando assim ocorre, o administrador não dispõe de liberdade alguma para valorar o fato segundo seu juízo subjetivo.

Segundo Marcelo Harger (1998, p. 290), a atividade administrativa fica reduzida à constatação da ocorrência do pressuposto de fato que dá origem à incidência do mandamento previsto pela norma. Constatada a existência do fato, a administração deverá agir de acordo com o que a lei já haja previsto para esta situação. Para Garcia de Enterría (*apud* HARGER, 1998, p. 291), atua, pois, de um modo que poder-se-ia até dizer “automático” caso não houvesse um reduzido espaço para os processos interpretativos. Aqui, o legislador mesmo já determina qual a solução que considera a melhor para o atendimento dos fins que pretende satisfazer. No dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello (2005, p. 402), nos atos de competência vinculada, a previsão do acontecimento em função do qual o sujeito agirá é de uma objetividade absoluta, e o comportamento a ser tomado, além de ser exigido, é exatamente especificado.

Na maioria das situações enfrentadas no dia-a-dia da Administração, todavia, o agente público se depara com “atos praticados no exercício de competência discricionária” (MELLO, 2005, p. 398). De fato, o legislador, diante da impossibilidade de prever todas as nuances das situações fáticas que podem acarretar a incidência da norma, necessitou conferir ao legislador a probabilidade de escolher, com base em seus próprios critérios, qual a melhor solução em face daquele determinado caso concreto. Tais atos a Administração pratica com certa margem de

liberdade de avaliação ou decisão, segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à norma que os previu a expedição. Cabe aqui ressaltar que, segundo doutrina dominante, (MEIRELLES, 2006; DI PIETRO, 2007; ALEXANDRINO; PAULO, 2008) o ato administrativo não é de todo discricionário; alguns elementos do ato administrativos serão sempre vinculados, quais sejam: a finalidade, a competência e a forma. Quanto ao motivo do ato e seu conteúdo, entende-se que há alguma liberdade de apreciação exercitável pelas autoridades públicas.

4 Discrição: limitação pelo dever de boa administração e conseqüente controle jurisdicional

Em rigor, complementando o susomencionado, e em consonância com o Estado de Direito e suas implicações ideológicas, vê-se que não há ato totalmente discricionário, pois o administrador exerce simplesmente “função administrativa para satisfação de uma finalidade pública” e nunca desfrutará de uma liberdade total. O que há é exercício de juízo discricionário no que tange a algumas circunstâncias que geram (ou não) determinados comportamentos e opções discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para dar cumprimento ao interesse público, no caso concreto, sempre dentro dos limites em que a lei permite esse juízo/opção.

Tendo em vista o cumprimento do interesse público, a discricionariedade existe tão-somente para possibilitar, em cada caso concreto, a escolha da opção que melhor atenda aos ditames da finalidade pública da Administração, porque é impossível ao legislador prever todas as circunstâncias existentes na realidade da Administração. Longe de significar falta de limites para o agente público, é instrumento legal que permite que a cada situação seja dada a solução ótima.

De fato, o atuar discricionário da Administração não se dá ao largo da legalidade, mas sim, como há de ser em um Estado de Direito, movimenta-se dentro das balizas legais. Conforme a doutrina dominante no Brasil, existe apenas em duas hipóteses: (1) Quando a lei expressamente dá à Administração liberdade para atuar dentro de limites bem definidos; (2) quando a lei utiliza conceitos jurídicos indeterminados e, no caso concreto, a Administração depara-se com situações em que não existe possibilidade de determinar, com absoluta certeza, se o fato está ou não abrangido pela determinação normativa. Em casos que tais, a Administração, dentre as possibilidades de atuação juridicamente legítimas, determinará a que mais se conforma à satisfação do interesse público, segundo seu próprio juízo valorativo.

De acordo com a índole do Estado de Direito, cabe frisar que tal liberdade legal existe, justamente, para obter a solução mais conveniente para os interesses que a Administração se propôs a curar. É a certeza de que os objetivos almejados, para serem efetivamente atendidos *in concreto*, dependeriam de um juízo mais acurado das circunstâncias fáticas, é que leva a lei a deferir a discricionariedade. Logicamente, resulta que para a administração surge o dever de escolher necessariamente a melhor atitude – e não qualquer atitude comportada, *in abstracto*, pela liberdade da norma legal. Em outras palavras, de acordo com os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello (1993, p.11) há para a Administração um dever jurídico de boa administração: de adequada escolha em vista da finalidade legal a que está proposta. Deveras, é conhecida a frase de Caio Tácito de que a competência administrativa “não é um cheque em branco”: ela existe para ser preenchida de acordo, e somente de acordo, com essa finalidade de suprir os interesses públicos.

Dizemos mais: existindo para a Administração um **dever jurídico de boa administração**, existe, também, correlatamente para os cidadãos, o direito de que a providência pública tomada e incidente sobre ele esteja estreitamente ajustada a estes parâmetros de finalidade públi-

ca. Com efeito, se não estiver dentro de tais limites, a atitude da administração estará a sonegar-lhe uma vantagem a que tinha direito, ou estará a infligir-lhe um gravame jurídico não previsto em lei. Ora, se houve a denegação de um bem jurídico ou a atribuição de um prejuízo contra um desígnio legal, tal ilegitimidade, quando viola um cidadão, está a violar direito subjetivo seu. Contra tal violação cabe proteção judicial, já que a Carta Magna estabeleceu como garantia individual a inafastabilidade de jurisdição, ao prever em seu art. 5º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Então, posto que para apurar essa violação é necessária uma investigação ampla sobre a adequação ou inadequação do ato administrativo aos parâmetros da “boa administração”, e tendo em conta que esta consubstancia um dever jurídico para com os administrados, segue-se que é plenamente possível e até mesmo necessário o controle jurisdicional sobre o mérito dos atos administrativos discricionário. Falamos em mérito, sim, pois entendemos que também a conveniência e oportunidade do ato administrativo devem estar em consonância não só com a lei, mas com o Direito em sentido amplo, ou seja, a Constituição Federal, as leis, e principalmente os princípios gerais de Direito e da Administração Pública. Isso tudo, porém, sem pretender que o juiz substitua a apreciação específica do administrador sobre a situação fática, quando a lei preveja essa situação; acontece que esse juízo administrativo apenas será legítimo se acantonar-se dentro dos limites impostos pelo dever de boa administração, isto é, precipuamente os limites que decorrem de uma racional adequação entre os atos praticados e a finalidade legal que os abona.

5 Controle jurisdicional do mérito administrativo e separação dos poderes

O enfoque da questão do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa envolve a concorrência de dois princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio - o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, em face de lesão ou ameaça a direito capitulada no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e o princípio da separação dos poderes consagrado no art. 2º, também da Carta Magna.

Se, por um lado, a proteção judicial é assegurada a todos que, de qualquer modo, tiverem sofrido lesão ou ameaça a direito, em razão da prática de quaisquer atos administrativos, por outro resta de igual maneira assegurado a independência do Poder Executivo para a prática de certos atos insuscetíveis de revisão judicial plena.

Desse modo, é necessário estabelecer um ponto de equilíbrio entre essa “aparente” contradição. Diz-se “aparente” porque, de forma alguma, o legislador constituinte, ao prever como coluna mestra do ordenamento jurídico a separação de poderes, teve como desiderato deixar ao acaso qualquer lesão provocada pelo Poder Executivo, pelo Legislativo ou Judiciário sob a alegação de independência entre os poderes. Posicionamento contrário não condiz com o Estado de Direito que se orienta justamente por reprimir condutas que violem direitos ou os ameacem de lesão¹. Assim, desde que afrontada a ordem jurídica em seu sentido pleno, será sempre cabível a intervenção do Poder Judiciário, responsável, em caráter definitivo, por manter a ordem do sistema jurídico.

¹ Até porque como bem afirma Vanice do Valle (2002, p. 103), “o parâmetro do equilíbrio e harmonia existe justamente para que não se reconheça a nenhum dos três uma posição de maior relevância, ou de favorecimento na existência do conflito. Assim não se pode usar do argumento do equilíbrio e harmonia entre os poderes para fins de impedir a sindicalização de um pelo o outro, vez que essa linha de raciocínio levada ao extremo atenta contra a própria razão de ser da regra da separação harmônica, equilibrada” (grifo da autora).

Por tudo que foi exposto concluímos que o ordenamento constitucional pátrio acomoda o controle judicial dos atos administrativos discricionários. Resta-nos, agora, debater o alcance dessa intervenção, o quanto pode o juiz adentrar no mérito administrativo sem romper a tênue linha entre o controle de legitimidade e a substituição do administrador em suas funções valorativas de conveniência e oportunidade.

6 Controle judicial dos atos administrativos através dos princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade

Estamos cientes da grande celeuma em torno dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Alguns entendem serem princípios fungíveis (MENDES, 1994; BARROSO, 1999; COELHO, 2002), outros defendem ser a proporcionalidade vertente da razoabilidade (MELLO, 2005), ou vice-versa (GRAU, 1998), e há ainda os que distinguem o âmbito de abrangência de cada qual (ÁVILA, 1999; GUERRA FILHO, 1999). À parte desta divergência doutrinária, analisaremos estes princípios de modo a melhor atender ao objetivo da presente exposição, que é o de sedimentar a possibilidade do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários sem, contudo, defender uma indevida permuta do juízo administrativo pelo judicial. A partir dessa perspectiva, adotaremos tratamentos distintos para cada um destes princípios vetores da correta atuação estatal.

6.1 Controle judicial em face do princípio da razoabilidade

Perelman (apud MORAES, 1999, p.82) preleciona: “nenhum direito pode exercer-se de maneira irrazoável, pois o irrazoável não é Direito”.

O princípio da razoabilidade surge como um requisito necessário à própria existência do Estado de Direito. A aplicação do Direito não pode apresentar-se de maneira irracional, irrazoável, pelo que se atesta a preocupação reinante de aferir a justiça, a materialidade e a substantividade das decisões. Para Luis Roberto Barroso (1999, p. 223), a razoabilidade objetiva “a preservação dos valores permanentes sobre os ímpetos circunstanciais”. De acordo com o tratamento dado à matéria, a doutrina que diferencia os dois princípios aqui referidos traz a razoabilidade como a consagração da cláusula do “devido processo legal substantivo”.

O devido processo legal surgiu como uma maneira de conter os desmandos praticados pelo Rei, na monarquia inglesa, em detrimento dos nobres (NERY JÚNIOR, 2000, p. 32). Inicialmente de caráter nitidamente processual, restringia-se ao campo do direito processual penal, avançando, posteriormente, às esferas civil e administrativa. Assim é que as regras processuais, decorrente da aplicação do devido processo legal, tais como a oportunidade de defesa, de apresentar provas, de constituir um defensor, de ter decisões fundamentadas (NERY JÚNIOR, 2000, p. 39), tiveram seus limites ampliados, através da jurisprudência norte-americana, para abarcar uma nova faceta dessa garantia, a dimensão material ou substantiva.

A partir dessa nova perspectiva, restou consagrado mais um instrumento em prol dos administrados contra os eventuais abusos cometidos pelos poderes estatais. Isso porque, pelo aspecto substantivo do devido processo legal, é possível aferir se determinada decisão encontra-se em consonância com o sentimento dominante de determinada sociedade e se está de acordo com os ditames constitucionais, respeitando os direitos fundamentais ali consagrados.

É bem verdade que o conceito de razoabilidade “encerra alguma fluidez e indeterminação” (COELHO, 2002, p. 61). Há inclusive autores

como Parejo Alfonso (*apud*, MORAES, 1999, p. 91), que criticam a utilização desse parâmetro para o controle judicial, pelo fato de não ser a razoabilidade uma “entidade objetiva”, o que colocaria em risco “uma substituição indevida da administração pelo juiz”.

Ao mencionar o vocábulo razoável, automaticamente remetemos ao que “seja conforme a razão, supondo o equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso, o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em um dado momento ou lugar” (BARROSO, 1999, p.215). Ou seja, aquilo que não agrida o sentimento comum de uma dada sociedade, que traduza logicidade, prudência e moderação.

Pelos adjetivos elencados no parágrafo anterior, pode-se atestar a presença de dois aspectos a serem observados no teste da razoabilidade, como leciona Germana de Oliveira Moraes, citando John Bell (1999, p. 81): primeiramente destaca-se a racionalidade da decisão: se a autoridade, ao decidir, levou em consideração os elementos pertinentes e deixou de lado os impertinentes; e depois é analisado se aquela decisão seria tomada por uma pessoa medianamente razoável. Cumpre ressaltar que o padrão de razoabilidade não é o do próprio agente público, mas sim o vigente na sociedade, baseado na moralidade comum e no homem médio. Decisão razoável é aquela que além de racional e congruente é aceitável pelos padrões médios de uma determinada comunidade.

Com fim de conferir uma maior precisão à aplicação do princípio da razoabilidade, como meio autônomo de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, cumpre trazer à colação os ensinamentos de Humberto Bergmann Ávila (1999, p. 173). Segundo o autor, para a aplicação do princípio da razoabilidade deve ser feita a seguinte pergunta: “a concretização da medida abstratamente prevista implica a não realização substancial do bem jurídico correlato para determinado sujeito?” Compreende-se que a aplicação do referido princípio é feita em função das particularidades do caso concreto e da situação pessoal

do sujeito envolvido. Não se discute mais se a medida abstratamente prevista é proporcional ou não ao fim perseguido, mas se ela, diante das circunstâncias fáticas e pessoais que sobrepassam a decisão, trará consequências jurídicas insuportáveis ao bem jurídico do sujeito envolvido. Sua aplicação, como adverte o autor, “ultrapassa uma relação meio-fim, já considerada constitucional², para situar-se no plano da própria medida relativamente ao sujeito envolvido”. Trata-se, enfim, da “proibição do excesso no caso concreto”.

O que se quer deixar bem sedimentado é que não basta à Administração agir de acordo com a lei, bem como não basta ao legislador agir dentro da competência fixada na Constituição³. Além destes deveres intransponíveis, há outro, de bem exercer a função pública com justiça, de acordo com padrões racionais e razoáveis levando em consideração a situação particularizada no caso concreto, de modo que a decisão tomada não se revele atentatória aos ditames da sociedade e do Direito como um todo.

Enfim, resta bem claro que embora a decisão discricionária do agente administrativo observe os aspectos vinculados e haja completa subsunção à lei formal, caso atente contra a lógica do princípio da razoabilidade, será ilegítima e ilegal em sentido amplo, e, portanto, sindicável pelo Poder Judiciário.

² Isso porque há um exame prévio do dever de proporcionalidade da medida com relação ao seu fim. Embora fosse cronologicamente mais adequado tratar da proporcionalidade primeiro, demos precedência ao exame da razoabilidade pela sua maior aplicabilidade no controle das decisões administrativas discricionárias, pois, conforme iremos ver no tópico seguinte, a aplicação do princípio da proporcionalidade é mais voltada ao controle de constitucionalidade.

³ Nesse aspecto San Tiago Dantas (*apud* Mello, 1996:349) fez uma exposição de veras feliz, ao afirmar que: “não basta a expedição de um ato legislativo formalmente perfeito para preencher o requisito do *due process of law*. Se assim fosse, a cláusula seria inoperante como limite ao arbitrio ao legislativo, pois requisito constitucional estaria atendido com a simples existência da lei formal. Seria o mesmo que o legislador constituinte dizer ao legislativo ordinário: *you shall not do wrong, unless you chose to do*”.

6.2 Controle judicial em face do princípio da proporcionalidade

Referendado como o “princípio dos princípios” por Willis Guerra Filho (1999, p. 44), como postulado normativo aplicativo por Humberto Ávila (1999, p. 170), e como o mandamento de otimização por Robert Alexy (1999, p. 75), o princípio da proporcionalidade se apresenta como decorrência lógica e inafastável da consagração constitucional dos direitos e garantias constitucionais.

Isso porque o esquema formal do princípio da proporcionalidade, desenvolvido pela doutrina romano-germânica, estabelece a ponderação de valores, princípios, direitos e garantias fundamentais protegidos constitucionalmente que, porventura, entrem em colisão. Diferentemente das regras jurídicas, o choque entre princípios não se resolve mediante a declaração de invalidade da regra incompatível, mas sim pela ponderação entre os bens conflitantes, de modo que seja privilegiado o acatamento de um, sem seja aniquilado o outro por completo⁴. Além de estar presente na resolução de colisões entre bens jurídicos protegidos constitucionalmente⁵, a proporcionalidade deve existir na relação entre meio-fim. A operacionalidade do aludido princípio se desdobra em: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação diz respeito à idoneidade da medida para atingir o fim legal reclamado pelo interesse público. Por esse critério, como alerta Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 150), não é possível determinar “qual dos meios idôneos deve prevalecer”, mas tão-somente quais medidas estão ou não aptas a alcançar o fim legal. Esse subprincípio

4 Essa é a lição de Juarez Freitas (1999, p. 57), quando afirma que “em nenhuma circunstância um direito deve suprimir inteiramente o outro na colisão, desde que ambos sejam lícitos (...). A razão de fundo está em que os princípios nunca se eliminam, como asseverado, diferentemente do que pode suceder com as regras antinômicas.

5 Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 142-143) afirma, com bastante precisão, e para haver a possibilidade de ponderação entre os bens jurídicos em conflito é preciso, além desses estarem constitucionalmente protegidos, não ser possível estabelecer previamente uma hierarquia abstrata entre eles.

postula que o meio escolhido pelo legislador ou pelo administrador público se apresente em idoneidade suficiente para o alcance do fim almejado pelo interesse público.

A necessidade consiste em verificar a “indispensabilidade da medida restritiva eleita” (COELHO, 2002, p. 65), de modo que não possa ser substituída por outra menos prejudicial aos direitos envolvidos. A necessidade ou exigibilidade busca tutelar a esfera de liberdade individual, não tolerando a invasão estatal a não ser nas hipóteses em que o direito individual não possa ser assegurado senão com aquela medida, inexistindo outra igualmente eficaz e menos onerosa.

E, por fim, tem-se o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, pelo qual é observada a relação de proporcionalidade entre a medida idônea e exigível, e o fim a ser atingido; entre as vantagens e desvantagens. Deve ser perquirido se a restrição imposta aos direitos envolvidos é desproporcional ao fim perseguido. Traduz-se na seguinte lição de Alexy (1999, p. 173): quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais grave devem ser as razões que a justificam.

Observe-se que análise abstrata da proporcionalidade não indica, por si só, qual a medida adequada, necessária e em relação de proporcionalidade com o seu fim. A aplicação deve ser feita no caso concreto; deve estar em constante “correlação com elementos substanciais normativos, sem os quais não passam de um esqueleto” (ÁVILA, 1999, p. 178).

Afirmamos no tópico antecedente que procedemos à separação entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a despeito de haver uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial em confundilos, para melhor servir aos objetivos do presente trabalho. Isso porque, exercendo a razoabilidade, como desenvolvida anteriormente, um importante papel de controle de decisões inaceitáveis pelo senso comum

vigente numa sociedade, a proporcionalidade tem seu campo propício no controle de atos administrativos restritivos de direitos⁶: naqueles “atos de polícia”, principalmente. Conforme lição de Humberto Ávila (1999, p.173), a proporcionalidade destina-se a examinar se a medida adotada é adequada e necessária para a realização de um determinado fim a ser perseguido, e se aquela não implica o aniquilamento do bem jurídico correlato com o que se pretende proteger.

Então, estando em jogo dois bens jurídicos em conflito e a finalidade pública a ser perseguida, as formas procedimentais da proporcionalidade servirão justamente para verificar se a medida elegida pelo administrador é adequada, exigível, e se está em justa medida com o fim perseguido, de modo que o seu atendimento impeça o extermínio do bem jurídico correlato. Como afirma Ávila (1999, p. 173), trata-se de um exame abstrato dos bens jurídicos envolvidos especificamente em função da medida adotada. Para Lúcia Valle Figueiredo (2008, p. 48), a proporcionalidade se refere à adequação das medidas tomadas pela Administração às necessidades administrativas. Vale dizer: só se sacrificam interesses primários na medida da estrita necessidade, não se distanciando do que seja realmente indispensável para a implementação da necessidade pública.

A jurisprudência consagra a aplicação do princípio da proporcionalidade utilizando-o indistintamente com o da razoabilidade. Um caso clássico, sempre mencionado pela doutrina, é o referente à impugnação do art. 48, do Decreto-Lei nº 314/67 que impedia ao acusado de crime

⁶ Não perde, entretanto, a importância do estudo do princípio da proporcionalidade para os fins do presente trabalho. Primeiro porque a estrutura instrumental da proporcionalidade dirige-se tanto ao legislado, como ao órgão executivo, quando de sua função normativa que restou ampliada com o chamado Estado Regulador. E segundo porque a aceita-se a não aplicação pelos chefes do Poder Executivo de leis inconstitucionais. Gustavo Binbenojm (2001, p. 210-221), defendendo essa tese, afirma que, mesmo após a aplicação do rol, dos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, não restou afastada a possibilidade dos chefes do Poder Executivo furtar-se à aplicação de lei constitucional porque o fundamento para tal procedimento reside na supremacia constitucional. Se fosse levada em consideração a legitimidade ativa da ADIn para fim de vedar a não aplicação de lei inconstitucional pelo Poder Executivo, outros entes públicos não legitimados como Tribunais de Contas, e os Prefeitos gozariam de uma posição privilegiada em detrimento do Presidente da República e dos Governadores de Estado (CLEVE *apud* BINENBOJM, 2001, p. 217/218). Há de atentar-se, contudo, para o fato de somente ser cabível tal prerrogativa ao Chefe do Executivo, sendo sempre assegurado posterior exame pelo Poder Judiciário.

contra a Segurança Nacional o desempenho de qualquer atividade profissional. O Ministro Themístocles Cavalcanti (*apud* MENDES 1994, p. 474) assim se pronunciou em seu voto:

Nesse particular, a expressão de medida cruel, encontrada no texto americano, bem caracteriza a norma em questão, porque, com ela, se tiram ao indivíduo as possibilidades de uma atividade profissional que lhe permite manter-se e a sua família. Cruel quanto à desproporção entre a situação do acusado e as conseqüências da medida.

Depreende-se do exposto o valioso instrumento de que se pode servir o órgão judiciário para coibir os abusos praticados pelos poderes estatais.

7 Conclusão

O juízo discricionário do administrador é intrínseco à dinâmica da Administração, visto que se depara, em seu dia-a-dia, com situações as mais variadas possíveis, tendo que proceder em cada uma delas a dada solução diferenciada. Impossível, para o legislador, prever toda essa vasta gama de soluções *sui generis*, daí ser necessário um certo campo de discricção para o agente público.

Não significa, porém, tal alvedrio uma ampla e irrestrita liberdade para o administrador, ainda que calcada em lei. A atuação da Administração não somente tem que estar baseada na letra fria da lei; deve procurar obedecer, ou melhor dizendo, deve procurar concretizar em suas atitudes todo o arcabouço principiológico do Direito de um dado ordenamento. São os princípios os vetores condutores dos grandes valores consagrados na Constituição e no ordenamento jurídico, de modo a dotar-lhes de um sentido próprio.

Deste modo, aspectos que antes se colocavam como insindicáveis pelo órgão judiciário passaram a compor o quadro da juridicidade, legitimando a ação controladora de agentes externos à Administração Pública, sem que isso signifique uma substituição indevida de juízos. Para além mesmo de “poder” o Judiciário imiscuir-se no mérito do ato administrativo a fim de analisar se ele é adequado ao ordenamento jurídico, inclusive obedecendo à proporcionalidade e à razoabilidade, **deve** o citado órgão proceder a este controle, dado que os cidadãos têm direito subjetivo a uma Administração razoável, equilibrada, lógica e proporcional.

Conclui-se que não são mais as regras jurídicas formais o argumento único no qual podem basear-se os administrados, quando lesados por alguma ação administrativa irrazoável ou decorrente da aplicação de uma lei desproporcional. O Poder Judiciário tem, sob a ordem constitucional instaurada com a Carta de 1988, plena liberdade para analisar os atos administrativos discricionários, inclusive no âmago de seu mérito, pelo viés dos princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade.

Razoabilidade e proporcionalidade são normas jurídicas de observância obrigatória em toda a atividade estatal, de modo a materializar o dever jurídico de boa administração exigido pelo Estado de Direito. Não há boa administração dos interesses públicos em atos desarrazoados, exagerados, ilógicos, inadequados ou desproporcionais; quer o sejam por mero engano do agente público, quer aconteçam para acobertar desmandos ou desvios de finalidade.

O controle jurisdicional da Administração Pública no Estado de Direito não pode ser resumido a uma aferição do cumprimento de formalidades extrínsecas da lei. Deve consistir, ao revés, e principalmente, em controle material, substancial e principiológico de legitimidade (que seria a legalidade em seu sentido amplo, ou juridicidade) por parte do Poder Judiciário, a garantir a incolumidade pública frente às atividades estatais.

Administrative discretionarity: control through the bias of proportionality and reasonableness

Abstract

This work has the purpose to critically analyze the possibility of the judicial control in face of the administrative acts. In view of the exclusive acting of the public servant in appreciation of the opportunity and convenience from the practice of the discretionary acts, the judicial control restrain itself in avoiding abuses and arbitrariness

of those administrators, submitting the discretionary power to the implicit constitutional principles of proportionality and reasonableness.

Key-words: Discretionary administrative acts. Judicial control. Proportionality. Reasonableness.

Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.217, p.67-79, jul./set., 1999.
- ARAÚJO, Florivaldo Dultra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999.

Deste modo, aspectos que antes se colocavam como insindicáveis pelo órgão judiciário passaram a compor o quadro da juridicidade, legitimando a ação controladora de agentes externos à Administração Pública, sem que isso signifique uma substituição indevida de juízos. Para além mesmo de “poder” o Judiciário imiscuir-se no mérito do ato administrativo a fim de analisar se ele é adequado ao ordenamento jurídico, inclusive obedecendo à proporcionalidade e à razoabilidade, **deve** o citado órgão proceder a este controle, dado que os cidadãos têm direito subjetivo a uma Administração razoável, equilibrada, lógica e proporcional.

Conclui-se que não são mais as regras jurídicas formais o argumento único no qual podem basear-se os administrados, quando lesados por alguma ação administrativa irrazoável ou decorrente da aplicação de uma lei desproporcional. O Poder Judiciário tem, sob a ordem constitucional instaurada com a Carta de 1988, plena liberdade para analisar os atos administrativos discricionários, inclusive no âmago de seu mérito, pelo viés dos princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade.

Razoabilidade e proporcionalidade são normas jurídicas de observância obrigatória em toda a atividade estatal, de modo a materializar o dever jurídico de boa administração exigido pelo Estado de Direito. Não há boa administração dos interesses públicos em atos desarrazoados, exagerados, ilógicos, inadequados ou desproporcionais; quer o sejam por mero engano do agente público, quer aconteçam para acobertar desmandos ou desvios de finalidade.

O controle jurisdicional da Administração Pública no Estado de Direito não pode ser resumido a uma aferição do cumprimento de formalidades extrínsecas da lei. Deve consistir, ao revés, e principalmente, em controle material, substancial e principiológico de legitimidade (que seria a legalidade em seu sentido amplo, ou juridicidade) por parte do Poder Judiciário, a garantir a incolumidade pública frente às atividades estatais.

Administrative discretionarity: control through the bias of proportionality and reasonableness

Abstract

This work has the purpose to critically analyze the possibility of the judicial control in face of the administrative acts. In view of the exclusive acting of the public servant in appreciation of the opportunity and convenience from the practice of the discretionary acts, the judicial control restrain itself in avoiding abuses and arbitrariness

of those administrators, submitting the discretionary power to the implicit constitutional principles of proportionality and reasonableness.

Key-words: Discretionary administrative acts. Judicial control. Proportionality. Reasonableness.

Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.217, p.67-79, jul./set., 1999.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BINENBOJN, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

CRETELLA JÚNIOR, José. **Anulação do ato administrativo por desvio de poder.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direito Administrativo.** 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo.** 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional.** Porto Alegre: Síntese, 1999.

HARGER, Marcelo. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. **GÊNESIS: Revista de Direito Administrativo Aplicado,** Curitiba, v. 17, abr./jun. 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. O Controle Judicial dos Atos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, v. 152, p. 1-15, abr./jun. 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório IOB Jurisprudência,** Brasília, n. 23-94, p. 475, 1ª quinzena de dezembro de 1994.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública.** São Paulo: Dialética, 1999.

NÉRY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STENMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direito fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle Social: promovendo a aproximação entre a Administração Pública e a Cidadania. **Perspectivas para o Controle Social e a Transparência da Administração Pública – Prêmio Serzedello Corrêa 2001.**

Monografias vencedoras. Brasília, 2002.

Preços de transferência e acordos internacionais para evitar a bitributação

Rafael de Oliveira Nunes

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco; Advogado; Pós-graduando da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Desembargador Cláudio Américo de Miranda - ESMape

Resumo

O presente trabalho destina-se a tratar do tortuoso tema dos preços de transferência, importante instrumento do Direito Tributário Internacional com o escopo de preservar as bases tributáveis do Estado, alijando a evasão de divisas através da transferência de dividendos de uma empresa para outra quando vinculadas e localizadas em países distintos ou, ainda, quando uma delas está situada em paraíso

fiscal. Assim é que perpassarão nossos estudos os princípios do arm's length e da independência dos estabelecimentos, bem como analisaremos a legislação pertinente.

Palavras-chave: Preços de transferência. Princípio do Arm's length e da independência dos estabelecimentos. Legislação Pertinente.

Introdução

O corrente trabalho destina-se a tratar do tema dos preços de transferência, os quais consubstanciam importante instrumento no combate ao desvio de receitas para o exterior a partir da redução da base de cálculo dos tributos que incidem sobre o lucro das empresas integrantes de um complexo multinacional.

Referência deste artigo

GONÇALVES, Maria Beatriz Ribeiro. Discricionariedade administrativa: Controle judicial pelo viés da Proporcionalidade e Razoabilidade. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 435-458, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle Social: promovendo a aproximação entre a Administração Pública e a Cidadania. **Perspectivas para o Controle Social e a Transparência da Administração Pública – Prêmio Serzedello Corrêa 2001.**

Monografias vencedoras. Brasília, 2002.

Referência deste artigo

GONÇALVES, Maria Beatriz Ribeiro. Discricionariedade administrativa: Controle judicial pelo viés da Proporcionalidade e Razoabilidade. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 435-458, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

Preços de transferência e acordos internacionais para evitar a bitributação

Rafael de Oliveira Nunes

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco; Advogado; Pós-graduando da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Desembargador Cláudio Américo de Miranda - ESMape

Resumo

O presente trabalho destina-se a tratar do tortuoso tema dos preços de transferência, importante instrumento do Direito Tributário Internacional com o escopo de preservar as bases tributáveis do Estado, alijando a evasão de divisas através da transferência de dividendos de uma empresa para outra quando vinculadas e localizadas em países distintos ou, ainda, quando uma delas está situada em paraíso

fiscal. Assim é que perpassarão nossos estudos os princípios do arm's length e da independência dos estabelecimentos, bem como analisaremos a legislação pertinente.

Palavras-chave: Preços de transferência. Princípio do Arm's length e da independência dos estabelecimentos. Legislação Pertinente.

Introdução

O corrente trabalho destina-se a tratar do tema dos preços de transferência, os quais consubstanciam importante instrumento no combate ao desvio de receitas para o exterior a partir da redução da base de cálculo dos tributos que incidem sobre o lucro das empresas integrantes de um complexo multinacional.

Com efeito, a intensificação da globalização, com a conseqüente relativização das fronteiras territoriais no que tange ao fluxo de capital, produtos e serviços, trouxe grande repercussão sobre onde serão desenvolvidas determinadas parcelas da produção, de sorte que uma companhia multinacional pode fracionar seu processo produtivo com o escopo de atingir melhores resultados econômicos, observando, entre outros fatores, a carga tributária incidente sobre cada parcela da produção. Não apenas isto, mas estando estabelecida em diversos países, uma empresa pode, até certo ponto, manejar a carga tributária que sobre ela irá incidir, através do planejamento tributário, de sorte a obter melhores resultados econômicos.

Diante deste cenário, as autoridades fiscais possuem interesse de tributar adequadamente as transações internacionais, mormente as que se estabelecem inter-companhias, no vezo de as monitorar e coibir eventuais tentativas de evasões de divisas, sendo uma delas caracterizada pela transferência de lucro por meio da manipulação dos preços de transferência entre unidades de um mesmo grupo.

Além disto, um outro grande desafio tem se apresentado na esfera restrita do direito tributário, relacionado à atuação internacional dos agentes econômicos privados, que é justamente preservar o equilíbrio na repartição das bases tributáveis entre os estados, sem que com isto reste obstaculizada, direta ou indiretamente, o curso das operações privadas multiconectadas.

Assim é que a legislação tributária brasileira possui normas que disciplinam os preços de transferências dos produtos transacionados entre entidades vinculadas, com o fito de evitar a remessa de divisas por meio da manipulação destes preços, alijando deste modo a evasão fiscal. Outrossim, tais dispositivos incorporam métodos para a definição de preços que servirão de parâmetro, sendo a escolha do método uma atribuição do contribuinte.

Não apenas isto, mas buscando solucionar o problema proposto, a comunidade internacional vem operacionalizando os preços de transferência e firmando acordos para evitar a bitributação. Busca-se, desta forma, balancear os interesses em questão: de um lado, o dos particulares ávidos em não verem suas operações internacionais obstaculizadas bem como seus lucros tributados mais de uma vez por estados diversos; e, do outro, o dos próprios estados, de evitar a corrosão de suas bases tributáveis.

Neste sentido, há muito tempo já vem a comunidade internacional se preocupando, tanto que as Convenções-Modelo destinadas a evitar a bitributação, dentre as quais destacamos a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Organização das Nações Unidas incorporaram dispositivos que tentam conciliar suas regras com as dos preços de transferência.

Acontece que é exatamente neste mister que surge a problemática do trabalho ora proposto, porquanto, não raras vezes, a legislação interna não coincide com aquela firmada no âmbito internacional.

Desta feita, perpassarão os nossos estudos uma análise, ainda que sucinta, do que vem a ser os preços de transferência, momento em que será abordado o princípio do “arm’s length”, o qual constitui importante balizamento para a definição do citado instrumento do Direito Tributário Internacional. Não apenas isto, mas também discorreremos sobre a legislação nacional sobre os preços de transferência, pelo que seguiremos fazendo uma comparação desta com a existente a nível internacional, tendo em mente que as regras para evitar a bitributação são parte de tratados internacionais, em regra firmados de forma bilateral, ao passo que as regras sobre preços de transferência são, predominantemente, regras de direito interno.

Outrossim, também analisaremos o fato de que, embora as Convenções-Modelo da OCDE e da ONU tragam disposições tendentes a

neutralizar os efeitos nocivos das regras sobre preços de transferência, são poucos os Estados que, ao firmarem os seus acordos de bitributação, o fazem incluindo neles todas as regras recomendadas naquelas convenções.

A rigor, os estados incorporam as regras da Convenção-Modelo da OCDE que prevê os ajustes nos preços de transferência, com o fito de legitimar suas ações ligadas ao direito interno. Contudo, quanto à regra de neutralização dos efeitos destes ajustes para fins de evitar a bitributação, os estados, em geral, têm preferido não acatá-la em seus acordos de bitributação, em razão muitas vezes da dificuldade de operacionalização de tais regras de neutralização.

Por fim, discorreremos acerca da abrangência da legislação sobre preços de transferência, tracejando a distinção existente entre empresas vinculadas e associadas.

1 Dos preços de transferência

Com o pujante crescimento recente da globalização, o tema em estudo passou a ter relevante destaque, vez que o planejamento tributário passou a ser encarado como de vital importância para o crescimento das empresas. Assim é que, como parte do Direito Tributário Internacional, os preços de transferência têm sido vislumbrado com detida atenção, não apenas porque constituem importante instrumento de controle fiscal para evitar evasão de divisas, mas também porque, sob a ótica empresarial, são de acentuada importância, vez que através deles é possível melhor administrar a incidência tributária no vezo de atingir os melhores resultados fiscais e, conseqüentemente, maximizar os lucros.

Isto porque, atualmente, é bastante comum encontrarmos empresas cuja atuação se dá a nível internacional, e, não raras vezes, com o

fracionamento do processo produtivo, de modo a produzir determinados itens da cadeia produtiva em países produtores de matéria-prima ou cujo custo social seja mais em conta. Destarte, para tais empresas, é importante realizar um planejamento fiscal eficiente, no sentido de buscar reduzir o pagamento de tributos que onerem a produção de sorte a obterem preços mais em conta e, desta feita, terem maiores chances diante de uma realidade capitalista. Não apenas isto, como também buscam cada vez mais as empresas tributações mais vantajosas sobre a renda, vez que, não raras vezes, são elas as mais elevadas e de maior impacto econômico.

Acontece que, de forma abusiva, algumas empresas participantes de um mesmo grupo econômico, ou de algum modo associadas/ vinculadas, passaram a manejar o preço de exportação de seus produtos, ou de parte integrante deles, no sentido de, em países cuja tributação de renda fosse elevada, obterem prejuízo; e, ao revés, em países cuja tributação da renda fosse mais baixa, obterem lucro, com o objetivo, deste modo, de recolherem menos tributos sobre a renda.

Ora, isto acontece porque, conforme a prática nos tem demonstrado, em razão das circunstâncias peculiares existentes nas operações realizadas entre empresas participantes de um mesmo grupo econômico, o preço praticado nestas operações pode ser artificialmente estipulado e, conseqüentemente, divergir do preço de mercado negociado por empresas independentes em condições análogas.

Vemos, portanto, que os preços de transferência estão estreitamente relacionados à atuação de empresas multinacionais, donde é exatamente aí que reside parte de sua grande relevância ante a crescente de operações destas empresas no mercado internacional, cada vez mais globalizado, razão pela qual, numa constante crescente, as autoridades fiscais mundiais se esforçam para acompanhar de perto tais operações no arfã de buscarem assegurar uma tributação mais justa das riquezas geradas pelas transações realizadas nos respectivos países, o que confli-

ta, parcialmente, com o objetivo empresarial de minimização da carga tributária global.

Assim é que o termo preços de transferência, como bem nos informa Dráusio Viotti Ferreira, tem sido utilizado para “identificar os controles a que estão sujeitas as operações comerciais ou financeiras realizadas entre partes relacionadas, sediadas em diferentes jurisdições tributárias, ou quando uma das partes está sediada em paraíso fiscal” (FERREIRA, 2007, p. 25). Desta sorte, podemos entender os preços de transferência como sendo aquele preço praticado em operações internacionais entre partes de algum modo relacionadas. Neste mister, é oportuna a observação de que a Receita Federal Do Brasil exige que a empresa brasileira comprove que, em operações de exportação ou importação praticadas com empresas vinculadas, o preço praticado é o preço habitualmente encontrado no mercado, ou seja que é aquele que seria praticado acaso fossem empresas independentes, de modo a que não exista subfaturamento ou superfaturamento. Ainda, as regras dos preços de transferência também se aplicam nas transações entre empresas em que uma delas está situada em paraíso fiscal (ou com tributação favorecida), ou seja aquele cuja tributação sobre a renda é igual ou inferior a 20%.

Os preços de transferência constituem, portanto, um feixe de regras de natureza tributária concebidas com a finalidade de evitar o desvio irregular de receitas para o exterior, tendo por conseqüência a minimização da base de cálculo dos tributos incidentes sobre o lucro das empresas integrantes de um complexo multinacional.

1.1 Princípio do “arm’s length”

É interessante observar, neste aspecto, que os preços de transferência são norteados pelo princípio do “arm’s length”, o qual consis-

te, segundo Luis Eduardo Schoeuri, em tratar membros de um grupo multinacional tal qual fossem eles entidades separadas, independentes, e não como partes integrantes de um complexo econômico (SCHOUERI, 2005, p. 243). Por conseguinte, o princípio em análise, serve para designar uma verdadeira equiparação das condições em que se realizam as transações entre partes integrantes de um mesmo grupo econômico, ou seja, tomam-se estas operações como se elas tivessem sido realizadas por empresas independentes, em um mercado de livre concorrência. Este é, ainda, o entendimento de José Luiz Bordigon, o qual complementa que “a OCDE definiu um preço *arm’s length* ou preço sem interferência como sendo o preço que teria sido acordado entre partes não relacionadas, envolvidas em transações iguais ou similares, sob idênticas ou similares condições” (BORDIGON, 2008, p. 190).

Desta sorte, vemos que, com a determinação de um preço de transferência neutro, o maior objetivo do princípio do “arm’s length” é exatamente propiciar um tratamento tributário equitativo entre as empresas vinculadas e as independentes, de modo que as primeiras não desfrutem de uma vantagem tributária em relação as segundas.

Tal princípio, atualmente, encontra guarida nos modelos de tratados de não bitributação da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Além disto, boa parte dos países possuem regras internas permitindo que as autoridades tributárias ajustem os preços de transferência que se desviem desse princípio, o que demonstra a importância de um consenso genérico sobre preço de transferência (FERREIRA, 2007, p. 26).

Outrossim, salientamos que a importância em se adotar o princípio da neutralidade quando da determinação de um preço de transferência nas transações entre as partes relacionadas é justamente proporcionar um tratamento tributário equânime entre as entidades ligadas e as independentes, no vezo de eliminar as considerações tributárias das de-

cisões econômicas. Por conseguinte, vemos que o intuito do princípio da neutralidade é justamente fazer uma equiparação entre os negócios entre partes relacionadas com aqueles realizados por empresas independentes. Em outras palavras, os preços praticados nas transações entre companhias relacionadas, para fins de tributação, devem ser determinados tomando-se como referência os preços que seriam praticados por empresas independentes em operações semelhantes, em condições similares e de livre concorrência.

Não apenas isto, mas o princípio da neutralidade é dotado de características fundadas em amplos princípios tributários (a exemplo da comparabilidade e da transação), os quais foram consagrados em boa parte dos países industrializados, razão pela qual ele foi inicialmente utilizado em questões tributárias internacionais, com a generalização da aplicação bem sucedida desse princípio repousando precipuamente na extensão e grau de flexibilidade nas comparações permitidas pelas autoridades fiscais de cada país.

Interessante notar que o instituto dos preços de transferência é encontrado em vários outros ordenamentos jurídicos pelo mundo todo, possuindo, em linhas gerais, a mesma finalidade da legislação brasileira no que se refere a alijar a distribuição disfarçada de lucro para suas filiais respectivas ou matrizes localizadas fora de sua jurisdição.

2 A legislação brasileira sobre preços de transferência

Outro ponto de relevante monta para o trabalho ora proposto é a análise da legislação brasileira sobre preços de transferência, especialmente tendo-se em mira o fato de o Brasil ser signatário de uma série de convenções internacionais para evitar a bitributação.

Como sabemos, um dos objetivos da tributação sobre a renda é incidir de forma equitativa sobre os contribuintes, de modo que estes,

de acordo com a sua capacidade contributiva, recolham aos cofres públicos proporcionalmente a renda auferida em determinado período. Assim é que, como bem nota José Gomes Jardim Neto, a legislação de controle de preços de transferência é um aperfeiçoamento dessa busca equitativa da renda (JARDIM NETO, 2007, p. 143). Esse foi, também, um dos objetivos buscados com a disciplina dos preços de transferência, evitando que empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico pudessem distorcer a incidência equitativa dos tributos sobre a renda segundo a capacidade contributiva, através da transferência seja de lucros embutidos em receitas menores, seja em despesas maiores que aquelas praticadas no mercado.

Foi a Lei 9.430/1996 quem introduziu no Ordenamento Jurídico brasileiro a disciplina dos preços de transferência, tendo sido regulamentada pelas Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal (IN) 243/2002, 2321/2003 e 328/2003. A disciplina legal trazida com a referida lei elegeu critérios de comparação que tomam como parâmetro os preços praticados por empresas independentes, ou seja busca valores que seriam aqueles praticados pelo mercado, os quais só são atingidos com perfeição quando levam em consideração elementos econômicos. Esta é, aliás, a idéia de igualdade proposta pelo princípio do “arm’s length”.

Ora, a necessidade do controle dos preços de transferência decorre justamente da premente busca do estado em evitar a perda de receitas fiscais verificada em razão da possível alocação irreal de receitas e despesas nas operações com venda de bens, direitos ou serviços entre pessoas estabelecidas em jurisdições diversas, é dizer, em estados distintos, quando entre elas existe algum tipo de vinculação ou, ainda que não vinculadas, quando uma delas encontra-se estabelecida em paraíso fiscal¹.

¹ Entende-se paraíso fiscal como o país ou dependência com tributação favorecida ou cuja legislação interna oponha sigilo à divulgação de informações referentes à constituição societária das pessoas jurídicas ou a sua titularidade.

cisões econômicas. Por conseguinte, vemos que o intuito do princípio da neutralidade é justamente fazer uma equiparação entre os negócios entre partes relacionadas com aqueles realizados por empresas independentes. Em outras palavras, os preços praticados nas transações entre companhias relacionadas, para fins de tributação, devem ser determinados tomando-se como referência os preços que seriam praticados por empresas independentes em operações semelhantes, em condições similares e de livre concorrência.

Não apenas isto, mas o princípio da neutralidade é dotado de características fundadas em amplos princípios tributários (a exemplo da comparabilidade e da transação), os quais foram consagrados em boa parte dos países industrializados, razão pela qual ele foi inicialmente utilizado em questões tributárias internacionais, com a generalização da aplicação bem sucedida desse princípio repousando precipuamente na extensão e grau de flexibilidade nas comparações permitidas pelas autoridades fiscais de cada país.

Interessante notar que o instituto dos preços de transferência é encontrado em vários outros ordenamentos jurídicos pelo mundo todo, possuindo, em linhas gerais, a mesma finalidade da legislação brasileira no que se refere a alijar a distribuição disfarçada de lucro para suas filiais respectivas ou matrizes localizadas fora de sua jurisdição.

2 A legislação brasileira sobre preços de transferência

Outro ponto de relevante monta para o trabalho ora proposto é a análise da legislação brasileira sobre preços de transferência, especialmente tendo-se em mira o fato de o Brasil ser signatário de uma série de convenções internacionais para evitar a bitributação.

Como sabemos, um dos objetivos da tributação sobre a renda é incidir de forma equitativa sobre os contribuintes, de modo que estes,

de acordo com a sua capacidade contributiva, recolham aos cofres públicos proporcionalmente a renda auferida em determinado período. Assim é que, como bem nota José Gomes Jardim Neto, a legislação de controle de preços de transferência é um aperfeiçoamento dessa busca equitativa da renda (JARDIM NETO, 2007, p. 143). Esse foi, também, um dos objetivos buscados com a disciplina dos preços de transferência, evitando que empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico pudessem distorcer a incidência equitativa dos tributos sobre a renda segundo a capacidade contributiva, através da transferência seja de lucros embutidos em receitas menores, seja em despesas maiores que aquelas praticadas no mercado.

Foi a Lei 9.430/1996 quem introduziu no Ordenamento Jurídico brasileiro a disciplina dos preços de transferência, tendo sido regulamentada pelas Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal (IN) 243/2002, 2321/2003 e 328/2003. A disciplina legal trazida com a referida lei elegeu critérios de comparação que tomam como parâmetro os preços praticados por empresas independentes, ou seja busca valores que seriam aqueles praticados pelo mercado, os quais só são atingidos com perfeição quando levam em consideração elementos econômicos. Esta é, aliás, a idéia de igualdade proposta pelo princípio do “arm’s length”.

Ora, a necessidade do controle dos preços de transferência decorre justamente da premente busca do estado em evitar a perda de receitas fiscais verificada em razão da possível alocação irreal de receitas e despesas nas operações com venda de bens, direitos ou serviços entre pessoas estabelecidas em jurisdições diversas, é dizer, em estados distintos, quando entre elas existe algum tipo de vinculação ou, ainda que não vinculadas, quando uma delas encontra-se estabelecida em paraíso fiscal¹.

¹ Entende-se paraíso fiscal como o país ou dependência com tributação favorecida ou cuja legislação interna oponha sigilo à divulgação de informações referentes à constituição societária das pessoas jurídicas ou a sua titularidade.

Aqui, interessante é apontarmos, ainda que resumidamente, quais as operações sujeitas ao controle de preços de transferência. Assim, as operações realizadas com pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior, de alguma forma consideradas vinculadas ou associadas para fins da incidência da Lei 9.430/96 ou da Convenção-Modelo da OCDE respectivamente, ou, ainda que não vinculadas (ou associadas) quando domiciliadas ou residentes em país considerado de legislação favorecida (ou paraíso fiscal) são: as importações de bens, serviços e direitos; as exportações de bens, serviços e direitos; os juros pagos ou creditados em operações financeiras, quando decorrerem de contrato não registrado no Banco Central do Brasil; e os juros auferidos em operações financeiras, quando decorrentes de contrato não registrado no Banco Central do Brasil.

Outra questão interessante é que, segundo a IN 243/2002, estão obrigados à observância de preços de transferência:

- a) As pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil que praticarem operações com pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no exterior, consideradas vinculadas, mesmo que por intermédio de interposta pessoa;
- b) As pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil que realizem operações com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em países que não tribuam a renda ou que a tribuam com alíquota inferior a vinte por cento, ou cuja legislação interna oponha sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade.

Observa-se aqui que a legislação interna adota o conceito de pessoas ou estabelecimentos vinculados o que contrasta com o conceito de empresas associadas, expressão adotada pelos acordos de bitributação, o que será por nós analisado em momento mais oportuno.

3 Os princípios da plena concorrência e da independência dos estabelecimentos na convenção-modelo da OCDE

Como sabemos, há bastante tempo, a comunidade internacional vem se preocupando com o tema relativo aos preços de transferência, tendo sido tema tratado inclusive no âmbito das Convenções-Modelo da ONU no vezo de afastar a bitributação. Todavia, é no âmbito da Convenção da OCDE que os trabalhos ganharam maiores esforços, sendo com base nela que a maior parte da comunidade internacional, e aqui incluímos o Brasil, tem fundamentado seus acordos de bitributação.

Assim é que, assentada a importância de tais convenções para o direito pátrio, vez que é com base nelas que nosso arcabouço legislativo sobre preços de transferência foi cunhado, discorreremos, neste tópico, sobre os aspectos mais relevantes de dita convenção.

Inicialmente, é oportuna a observação de que a Convenção da OCDE consagra princípios basilares para o tema relativo aos preços de transferência, quais sejam:

- a) No Artigo 7º, encontramos a consagração do princípio da independência dos estabelecimentos, através do qual se infere que cada estabelecimento de uma determinada sociedade deve ser tratado como entidade distinta e separada, portanto autônoma. Vemos, destarte, que a adoção de tal princípio assenta-se sobre uma ficção, qual seja a de que são independentes os estabelecimentos associados que atuam em estados distintos; e
- b) No Artigo 9º, que dispõe sobre o princípio do “arm’s length” (ou da plena concorrência), por nós já estudado anteriormente.

Tais princípios representam, em conjunto, os meios mais eficazes de repartição da matéria tributável entre estados. Além disto, por via

deles se pode obstaculizar, ou, ao menos, atenuar o processo de erosão das bases tributáveis destes mesmos estados (MICHELS, 2007, p. 278).

Não apenas isto, mas a Convenção da OCDE, no adrede citado artigo 7º, em seu parágrafo 2º, dispõe acerca da operacionalização do princípio da independência dos estabelecimentos, a qual se dará através da apuração da matéria tributável de cada estabelecimento de forma distinta, ou seja, como se fossem empresas diferentes. Oportuna aqui é a observação feita por Michels, para quem:

Tal opção resulta das dificuldades de, num mundo onde as competências tributárias se estruturam em torno de princípios divergentes, chegar por outra via a um critério equitativo e prático para a distribuição das bases tributáveis entre os vários Estados e, igualmente, para a redução dos riscos de bitributação (MICHELS, 2007, p. 278).

Todavia, como aponta o citado autor, o princípio da independência dos estabelecimentos, *de per se*, não é bastante para a consecução do objetivo a que se propõem os preços de transferência, de modo que o complementando temos o princípio do “arm’s length”, ou da plena concorrência. Por meio deste princípio, o Fisco considera que os estabelecimentos associados (ou vinculados), tratados como unidades, independentes em razão do princípio da independência dos estabelecimentos, atuam com base nas regras da plena concorrência, portanto praticando os preços de mercado. Tal princípio fora previsto no artigo 9º, § 1º da Convenção da OCDE, o qual, por oportuno, a seguir transcrevemos:

Quando:

a) Uma empresa de um Estado Contratante participar direta ou indiretamente da direção, controle ou capital de uma empresa do outro Estado Contratante, ou

b) As mesmas pessoas participarem direta ou indiretamente da direção, controle ou capital de uma empresa de um Estado Contratante e de uma empresa do outro Estado Contratante,

E em ambos os casos, as duas empresas estiverem ligadas, nas suas relações comerciais ou financeiras, por condições aceitas ou impostas que defiram das que seriam estabelecidas entre empresas independentes, os lucros que, sem essas condições, teriam sido obtidos por uma das empresas, mas não o foram por causa dessas condições, podem ser incluídos nos lucros dessa empresa e tributados como tais.

Da inteligência de tal dispositivo, vemos claramente que foi possibilitado, expressamente, aos Estados efetuarem ajustes nos lucros de empresas situadas em seu território sempre que constatado que os preços por ela praticados nas operações realizadas com empresas coligadas domiciliadas em estados estrangeiros são distintos daqueles que teriam sido praticados acaso realizadas em um mercado aberto e livre por empresas não vinculadas.

Interessante é a conclusão de Alberto Xavier acerca do dispositivo citado, para quem são requisitos essenciais da aplicação das regras de preços de transferência:

- a) O elemento da estraneidade – a significar a submissão das empresas interdependentes a ordenamentos tributários distintos;
- b) Nexa de interdependência, o que pressupõe que as empresas sejam juridicamente independentes, ou a estas assimiladas;
- c) Obtenção de uma vantagem anormal, entendida esta como a que não tem contrapartida equivalente, definidas em termos de comparação com o princípio do “arm’s length”; e
- d) O nexa causal entre a vantagem e a interdependência (XAVIER, 2004, p. 391-396).

Salutar é asseverarmos aqui, no esteio da lição de Michels, que para aqueles estados que forem signatários de acordos de bitributação que incluam cláusulas similares as do artigo adrede transcrito não será lícito aplicar os critérios definidos em suas legislações pátrias para aferir o conteúdo daqueles princípios, porquanto, considerando a natureza de tratados internacionais atribuída aos acordos de bitributação, não se poderia interpretar estes à luz do direito interno de cada Estado (MICHLES, 2007, p. 281).

Outrossim, no que toca especificamente ao princípio da plena concorrência, temos que os estados que firmarem acordos de bitributação com a inclusão de cláusula semelhante a do artigo 9º, parágrafo Primeiro, da Convenção da OCDE, não poderão utilizar suas regras internas referentes aos preços de transferência para aferir se alguma transação adotou ou não o citado princípio. Ora, o critério que deve prevalecer é o do acordo e, somente após verificada a necessidade de eventuais ajustes, é que será aplicável a legislação interna referente à apuração dos preços de transferência. (SCHOUERI, 2006, p. 291).

Portanto, temos que a Convenção da OCDE, no que toca à interação entre preços de transferência e bitributação, encontra as suas bases nos dois princípios já trabalhados, quais sejam o da independência dos estabelecimentos e do “arm’s length”, os quais, sob pena de resultarem em flagrante prejuízo para os particulares, não podem ser interpretados à luz do direito pátrio, mas sim devem sê-lo sob a ótica do direito internacional.

Todavia, uma vez que permitida a realização de ajustes nos lucros das empresas vinculadas as quais são tomadas como estabelecimentos distintos e independentes, necessário se faz a previsão de um mecanismo que permita a realização de ajustes com o fito de evitar eventual bitributação. É aqui que surgem os chamados ajustes correlativos, que encontram seu fundamento no artigo 9º, § 2º, da Convenção. Podemos definir, com Gilson Michels, os ajustes correlativos como:

Aqueles efetuados por um Estado com o fim de neutralizar, do ponto de vista tributário, os efeitos dos ajustes feitos por outro Estado nos lucros de uma empresa, e só se justificam nos casos em que ocorrer bitributação (MICHELS, 2007, p. 282).

Nota-se, assim, que os ajustes correlativos apenas terão razão de ser como reação a eventuais ajustes realizados por outro estado no sentido de evitar distorções em virtude da aplicação do princípio da plena concorrência, só tendo razão de ser, outrossim, no vezo de afastar a bitributação.

Apesar de salutar, notamos, entretanto, que tais ajustes correlativos, nos mais das vezes, não têm sido adotados pela grande maioria dos estados, dada a grande dificuldade de sua operacionalização. Neste particular, o Brasil, por exemplo, não o adota, de modo que não é comum encontrarmos a prática da bitributação no que tange aos preços de transferência.

4 Os preços de transferência na convenção-modelo da OCDE, nos acordos de bitributação firmados pelo Brasil e na legislação interna

Como de pronto se nota, o tema ora proposto já foi parcialmente abordado pelo corrente trabalho, de modo que apenas o completaremos e elucidaremos.

Conforme já assentado, em linhas gerais, os preços de transferência consistem em estabelecer preços máximos para as importações e mínimos para as exportações nos negócios realizados entre pessoas vinculadas, desde que uma esteja situada no Brasil e a outra no exterior, ou nos negócios realizados com pessoa jurídica localizada em país de tributação favorecida (ANAN JR; LATORRE. 2007, p. 219).

Demais disto, já analisamos que não é lícito aos Estados, que tomaram como parâmetro em seus acordos de bitributação a Convenção Modelo da OCDE, consagrando os princípios do *arm's length* e da independência dos estabelecimentos, dispostos nos artigos 7^a, §2^o, e 9^o, §2^o, do citado comando legal, aplicar, com o intuito de definir o alcance destes princípios, a legislação interna. Neste sentido, aliás, já se posicionaram os nossos tribunais superiores, que entendem que os acordos internacionais contratuais, a exemplo dos acordos de bitributação, tendo natureza contratual prevaleceriam sobre a ordem interna, de modo que concluímos que no conflito entre a legislação interna acerca dos preços de transferência e os acordos de bitributação firmados pelo Brasil, prevalecerão sempre as disposições destes (MICHELS, 2007, p. 287).

No que tange às disposições da Convenção da OCDE e da Lei n^o 9.430/96, a qual foi, em sua boa parte inspirada naquela, encontramos discussão acerca de quem estaria alcançado pelas disposições brasileiras sobre preços de transferência. Isto porque o artigo 23 da Lei 9.430/96 fala em “pessoa vinculada”, encerrando destarte entes que não se enquadram no conceito mais restrito de “pessoas associadas” trazido na Convenção da OCDE.

Isto porque o artigo 23 da Lei n^o 9.430/96 define pessoa vinculada, para fins de incidência das regras de preço de transferência da seguinte forma:

Art. 23. Para efeito dos arts. 18 a 22, será considerada vinculada à pessoa jurídica domiciliada no Brasil:

I - a matriz desta, quando domiciliada no exterior;

II - a sua filial ou sucursal, domiciliada no exterior;

III - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, cuja participação societária no seu capital social a caracterize como sua controladora ou coligada, na forma definida nos §§ 1^o e 2^o do art. 243 da Lei n^o 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

IV - a pessoa jurídica domiciliada no exterior que seja caracterizada como sua controlada ou coligada, na forma definida nos §§ 1^o e 2^o do art. 243 da Lei n^o 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

V - a pessoa jurídica domiciliada no exterior, quando esta e a empresa domiciliada no Brasil estiverem sob controle societário ou administrativo comum ou quando pelo menos dez por cento do capital social de cada uma pertencer a uma mesma pessoa física ou jurídica;

VI - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que, em conjunto com a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, tiver participação societária no capital social de uma terceira pessoa jurídica, cuja soma as caracterizem como controladoras ou coligadas desta, na forma definida nos §§ 1^o e 2^o do art. 243 da Lei n^o 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

VII - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que seja sua associada, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento;

VIII - a pessoa física residente no exterior que for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro de qualquer de seus diretores ou de seu sócio ou acionista controlador em participação direta ou indireta;

IX - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que goze de exclusividade, como seu agente, distribuidor ou concessionário, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos;

X - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, em relação à qual a pessoa jurídica domiciliada no Brasil goze de exclusividade, como agente, distribuidora ou concessionária, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos.

Portanto, e no esteio dos ensinamentos de José Guilherme Costa:

As normas sobre preços de transferência, por seu turno, trabalham com o conceito mais amplo de “pessoa vinculada”, que alcança desde situações em que se caracteriza relação de controle societário entre as partes de um negócio até situações em que há mera relação contratual

Demais disto, já analisamos que não é lícito aos Estados, que tomaram como parâmetro em seus acordos de bitributação a Convenção Modelo da OCDE, consagrando os princípios do *arm's length* e da independência dos estabelecimentos, dispostos nos artigos 7^a, §2^o, e 9^o, §2^o, do citado comando legal, aplicar, com o intuito de definir o alcance destes princípios, a legislação interna. Neste sentido, aliás, já se posicionaram os nossos tribunais superiores, que entendem que os acordos internacionais contratuais, a exemplo dos acordos de bitributação, tendo natureza contratual prevaleceriam sobre a ordem interna, de modo que concluímos que no conflito entre a legislação interna acerca dos preços de transferência e os acordos de bitributação firmados pelo Brasil, prevalecerão sempre as disposições destes (MICHELS, 2007, p. 287).

No que tange às disposições da Convenção da OCDE e da Lei n^o 9.430/96, a qual foi, em sua boa parte inspirada naquela, encontramos discussão acerca de quem estaria alcançado pelas disposições brasileiras sobre preços de transferência. Isto porque o artigo 23 da Lei 9.430/96 fala em “pessoa vinculada”, encerrando destarte entes que não se enquadram no conceito mais restrito de “pessoas associadas” trazido na Convenção da OCDE.

Isto porque o artigo 23 da Lei n^o 9.430/96 define pessoa vinculada, para fins de incidência das regras de preço de transferência da seguinte forma:

Art. 23. Para efeito dos arts. 18 a 22, será considerada vinculada à pessoa jurídica domiciliada no Brasil:

I - a matriz desta, quando domiciliada no exterior;

II - a sua filial ou sucursal, domiciliada no exterior;

III - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, cuja participação societária no seu capital social a caracterize como sua controladora ou coligada, na forma definida nos §§ 1^o e 2^o do art. 243 da Lei n^o 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

IV - a pessoa jurídica domiciliada no exterior que seja caracterizada como sua controlada ou coligada, na forma definida nos §§ 1^o e 2^o do art. 243 da Lei n^o 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

V - a pessoa jurídica domiciliada no exterior, quando esta e a empresa domiciliada no Brasil estiverem sob controle societário ou administrativo comum ou quando pelo menos dez por cento do capital social de cada uma pertencer a uma mesma pessoa física ou jurídica;

VI - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que, em conjunto com a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, tiver participação societária no capital social de uma terceira pessoa jurídica, cuja soma as caracterizem como controladoras ou coligadas desta, na forma definida nos §§ 1^o e 2^o do art. 243 da Lei n^o 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

VII - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que seja sua associada, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento;

VIII - a pessoa física residente no exterior que for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro de qualquer de seus diretores ou de seu sócio ou acionista controlador em participação direta ou indireta;

IX - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que goze de exclusividade, como seu agente, distribuidor ou concessionário, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos;

X - a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, em relação à qual a pessoa jurídica domiciliada no Brasil goze de exclusividade, como agente, distribuidora ou concessionária, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos.

Portanto, e no esteio dos ensinamentos de José Guilherme Costa:

As normas sobre preços de transferência, por seu turno, trabalham com o conceito mais amplo de “pessoa vinculada”, que alcança desde situações em que se caracteriza relação de controle societário entre as partes de um negócio até situações em que há mera relação contratual

exclusiva de agenciamento, distribuição ou concessão entre elas. (COSENTINO, 2005, p. 205).

Desta feita, e tendo como parâmetro o artigo 9º do Modelo de Convenção da OCDE, o qual foi tomado como fundamento para os acordos firmados pelo Brasil, tem-se que o conceito de pessoa vinculada é notadamente mais amplo que o de empresa associada, especialmente pela inclusão das entidades referidas nos incisos VII, VIII e IX adrede transcritos.

Assim é que para Heleno Torres, o Fisco brasileiro não estaria impedido de aplicar as regras de preços de transferência nos casos de transações entre empresas que, apesar de “vinculadas” – nos termos do artigo 23 da Lei 9.430/96 – não sejam “associadas” – tal qual expresso na Convenção da OCDE (TORRES, 2001, p. 304). Isto porque entende o referido autor que as regras de preços de transferência constantes dos acordos de bitributação são de vigência condicionada, ou seja, tais regras não se destinariam à solução de qualquer conflito normativo ou à repartição do poder de tributar dos estados, não constituindo, assim, o esquema típico das disposições de direito internacional público.

Todavia, em sentido contrário está a grande maioria dos doutrinadores brasileiros, que defendem a prevalência dos acordos internacionais sobre a matéria. Isto porque nas relações com os quais o Brasil firmou tais acordos prevalecem as disposições convencionais nas situações que envolvem casos de “vinculação” que extrapolam os casos de associação. Assim, para tais autores, embora os acordos de bitributação não constituam lei interna, eles servem para delimitar a atuação do legislador, que não pode extrapolar os limites que lhe são postos sem que tal conduta se caracterize como uma ofensa à natureza em si dos acordos internacionais (MICHELS, 2007, p. 288). Neste particular, oportuna é a lição de Eduardo Schoueri, para quem:

Acordos de bitributação não constituem lei interna; não a modificam nem por ela se revogam. Simplesmente, prevalecem sobre a lei interna, limitando o seu alcance. Assim, quando a lei interna pretende ajustar o lucro de uma empresa a partir de seus preços de transferência, o acordo de bitributação apenas permite que a alocação se dê nos casos em que ele contempla as empresas como associadas. Nos demais casos, a pretensão tributária do Estado contratante fica limitada pelo acordo de bitributação. Entende-se, assim, que o fisco brasileiro fica impedido de aplicar as regras de preços de transferência, no caso de transações entre empresas que, embora se considerem vinculadas, segundo a definição do artigo 23 da Lei nº 9.430/96, não sejam “associadas”, segundo o que disponha determinado acordo de bitributação (SCHOUERI, 2006, p. 178).

Assim também entende a jurisprudência brasileira, que, ao menos quanto aos acordos de natureza contratual, tem dado prevalência sobre a ordem interna.

Também é interessante observar que a Lei 9.430/96 nada dispôs a respeito dos ajustes correlatos, embora entendam alguns autores que mesmo ante a omissão legislativa, tais ajustes se imporiam (ANDRADE FILHO, 2005, p. 290).

5 Conclusão

Iremos, aqui, ante o exposto, nos limitar às considerações finais sobre o tema proposto, enfatizando aqueles pontos que consideramos mais relevantes, a saber:

- a) Como visto, os preços de transferência é o instrumento de Direito Tributário Internacional de que se vale o Estado para preservar as bases tributáveis, esbarrando a evasão de divisas através da transferência de dividendos de uma empresa para outra, quando vinculadas e localizadas em países distintos, ou em operações realizadas entre empresas quando uma delas está situada em paraíso fiscal;

- b) Assim é que os preços de transferência são norteados por dois princípios basilares, ambos consagrados na Convenção-Modelo no âmbito da OCDE, quais sejam o princípio do *arm's length* e da independência dos estabelecimentos, por meio dos quais se tomam os preços das operações tal qual ele teria se realizado acaso fossem empresas independentes, em situações normais de mercado, bem como, fictamente, se consideram as empresas como não participantes de um grupo econômico, portanto não vinculadas;
- c) Desta feita é que se permite ao Fisco fixar, ou ajustar, os preços de transferência, o que consiste em estabelecer preços máximos para as importações e mínimos para as exportações nos negócios realizados entre pessoas vinculadas, segundo o conceito trazido pelo artigo 9º da Convenção-Modelo da OCDE;
- d) Acontece que, eventuais ajustes nos preços das operações internacionais feitas pelo Fisco em atenção aos preços de transferência podem ensejar a bitributação, de modo que se observa uma íntima ligação entre tal instituto e os acordos de bitributação;
- e) Com o fito de neutralizar, ou ao menos minorar tais efeitos, as Convenções-Modelo prevêem os chamados “ajustes correlativos” e o procedimento amigável;
- f) Em razão dos princípios adotados, e acima citados, a Convenção-Modelo da OCDE apenas admite os ajustes no preços de transferência
- g) Em geral, o Brasil tem firmado seus acordos de bitributação tomando como parâmetro a Convenção da OCDE, embora não tenha incluído neles os chamados ajustes correlativos. Tampouco a Lei 9.430/96 os previu, de sorte que não raras vezes as empresas aqui residentes não verão compensados os efeitos dos ajustes realizados em outros países;
- h) Interessante notar ainda a abrangência dos preços de transferência, vez que incidem apenas quando o acordo de bitributação prevê as empresas como associadas, entendendo a maioria da doutrina que o fisco brasileiro fica impedido de aplicar as regras de preços de transferência no caso de transações realizadas entre empresas que, embora vinculadas segundo o disposto no artigo 23, da Lei nº 9.430/96, não sejam associadas segundo o que determina o acordo de bitributação;

- i) Isto porque os acordos de bitributação tem natureza eminentemente contratual, de modo que os seus termos não de prevalecer sobre as disposições do direito interno que com elas conflitem;
- j) Desta feita é que os princípios do *arm's length* e da independência dos estabelecimentos não devem ser interpretados à luz do ordenamento pátrio, porém levando-se em consideração o direito internacional.

Transfer price and international agreements to avoid dual taxing

Abstract

This article is about transfer pricing, which is an important instrument of the International Tributary Law aimed to preserve the tributary basis of the State, avoiding in this manner the escaping of dividends from one company to another when linked or localized in different countries or, still, when one of them is based in a fiscal paradise. Thus,

our studies will encompass the arm's length principle and the independent establishment principle, as well as an analysis of the pertinent law.

Key-words: Transfer pricing. Arm's length principle and independent establishment principle. Pertinent law.

Referências

ANDRADE FILHO, Edmar oliveira. **Imposto de renda das empresas**. São Paulo: Atlas, 2005.

ANAN JR, Pedro; LATORRE, Juliana Grandino. **Preços de transferência – divergências advindas da própria legislação**. In: MANUAL dos Preços de Transferência. São Paulo: MP, 2007.

BORDIGON, José Luiz. A legislação sobre preços de transferência no Brasil frente ao ordenamento jurídico pátrio e o modelo da OCDE. **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, 2008.

COSTA, José Guilherme Ferraz da. Distribuição disfarçada de lucros e preços de transferência: uma análise comparativa e evolutiva. **Revista Tributária e de Finanças Pública**, São Paulo, 2005.

FERREIRA, Dráusio Viotti et al. Preços de transferência, planejamento tributário e lucro. **Revista tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, 2007.

JARDIM NETO, JOSÉ GOMES. Siscomex e preços de transferência – limites e obrigações do fisco na utilização da valiosa base de dados. In: **MANUAL dos Preços de Transferência**. São Paulo: MP, 2007.

MICHELS, Gilson Wessler. Os ajustes nos preços de transferência à luz dos acordos de bitributação. In **MANUAL dos Preços de Transferência no Brasil**. São Paulo: MP, 2007.

OCDE. **Model Double taxation convention on income and on capital**. Paris: OCDE, 2003.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Preços de transferência no direito tributário brasileiro**. São Paulo: Dialética, 2006.

_____. Aplicação concomitante da legislação de preços de transferência e da tributação do lucro em bases mundiais. In: **DIREITO tributário internacional aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

TÔRRES, Heleno. **Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VASCONCELLOS, Roberto França de. Preços de transferência e acordos de bitributação. In: **MANUAL dos preços de transferência no Brasil**. São Paulo: MP, 2007.

XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Referência deste artigo

NUNES, Rafael de Oliveira. Preços de transferência e acordos internacionais para evitar a bitributação. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 459-482, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

Elementos para uma Teoria geral do direito do consumidor

Roberto Grassi Neto

Professor Doutor e Coordenador do Núcleo Departamental da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP); Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP); Diretor da **Comissão Permanente de Responsabilidade Civil do Fornecedor, do Brasilcon** (Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor), Juiz de Direito Titular da Capital do Estado de São Paulo (Tribunal de Justiça-SP)

Resumo

As transformações suportadas pelo Direito ao longo do século XX — impondo concepção mais fragmentária do ordenamento na gênese dos textos normativos, alterando paradigmas e atribuindo à norma jurídica a qualidade de instrumento de inovação nas relações socioeconômicas — vieram ao encontro da necessidade de ser dispensado regramento jurídico específico à realidade vivenciada pela sociedade de consumo. Partindo da correlação entre a noção de princípios jurídicos em geral e os conceitos inerentes ao microsistema do Consumidor (consumidor, fornecedor, relação de consumo), podem-se enumerar princípios específicos do Direito do Consumidor, “decorrentes” do princípio fundamental que assegura a “defesa do consumidor”, expresso na CF de 1988. Também no âmbito da responsabilidade civil, as relações de consumo apresentam particularidades.

Assim temos no que concerne ao vínculo de solidariedade que une toda a cadeia de fornecedores, à adoção da responsabilidade objetiva enquanto regra, e à elaboração de sistema classificatório peculiar, tema este em que o legislador estabelece distinção entre “Responsabilidade por Vício do Produto ou do Serviço” e “Responsabilidade por Fato do Produto ou do Serviço”. Na medida em que mencionados conceitos, princípios e regras inerentes às relações de consumo formam conjunto harmonicamente ordenado, surge a possibilidade de delinear os elementos básicos que poderão ensejar o esboço de uma Teoria Geral do Direito do Consumidor.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Princípios de Direito. Teoria Geral. Consumidor.

1 Tendências e características do Direito Civil contemporâneo

1.1 Codificação e fragmentação do Direito Civil ao longo dos tempos

Ao longo dos tempos, a incessante busca de aperfeiçoamento do sistema jurídico tem ensejado perene alternância entre o predomínio dos movimentos de codificação legislativa e da idéia de fragmentação do direito positivo em diversos estatutos autônomos. Conquanto a experiência nos tenha permitido constatar ser a aplicação isolada de um ou do outro critério invariavelmente insuficiente para atender às pretensões de aprimoramento jurídico, justifica-se a existência de tal movimento pendular nas naturais diversidades inerentes às opções políticas, ligadas a critérios de oportunidade e aos pendores de cada época¹.

A expressão “Código”, nas palavras de Perlingieri, traduz a idéia de “documento (que é uma lei) contendo um conjunto de proposições prescritivas (das quais se extraem normas) consideradas unitariamente, segundo uma idéia de coerência e de sistema, destinadas a constituir uma disciplina tendencialmente completa de um setor”².

Conquanto a concepção político-pragmática do direito romano clássico tenha tido o mérito de até certo ponto propiciar a unificação de boa parte do mundo antigo em torno de corpo legislativo único, seus estatutos jurídicos eram mais um alinhavado de fórmulas e casuísmos do que, propriamente, textos dotados de unidade lógico-sistemática. Intenso esforço na busca da reunião de todas as regras do Direito, inde-

1 As dúvidas quanto às vantagens de um sistema sobre o outro suscitaram calorosas discussões do mundo científico, tanto na passagem do século XVIII para o XIX (em especial quando do advento do Código Civil francês), como ao aproximar-se o século XX, por ocasião do surgimento do BGB alemão.

2 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.3-4.

pendentemente de sua origem, foi ainda desenvolvido pelo Imperador Justiniano, após a derrocada da parte ocidental do Império. Tratava-se, todavia, de obra de mera compilação³.

Na Europa ocidental, ressalte-se, a ausência de preocupação com a unidade fez com que até o século IX boa parte das relações continuasse sendo regida pelo antigo “direito das gentes”. Com o passar do tempo acabou este perdendo seu lastro originário, quando assumiu a forma de um novo direito, de base predominantemente consuetudinária, em regiões como a Alemanha e a França, mas que logo se evidenciou insuficiente para atender às necessidades do comércio, ainda que incipiente.

A idéia de um sistema jurídico intrinsecamente harmônico, até certo ponto motivado na necessidade de “segurança” nas relações de comércio, deu-se apenas a partir do século XI com o fenômeno da “recepção”⁴ do Direito Romano⁵ consoante sua estrutura clássica. Paralelamente

3 POMPEU e CÉSAR haviam manifestado desejo de elaborar tal obra, mas não tiveram tempo para concretizar seus intentos, ao passo que a coleção de TEODÓSIO era incompleta. Assim, a obra procedida na fase romana pós-clássica por Justiniano, com o auxílio do jurista TRIBONIANO, acabou sendo, acima de tudo, uma exigência de seu tempo. Redigido em 14 meses, o *Codex Justinianus* (Código de Justiniano) — dividido em 12 livros — procurou reunir as ordenanças dos imperadores contidas nos Códigos Gregoriano, Hermogeniano e Teodosiano, bem como as Novelas deste último, fazendo desaparecer quaisquer contradições e conflitos aparentes existentes entre elas. O Imperador encarregou uma Comissão de reunir, dentre os pareceres dos jurisconsultos mais célebres do passado, tudo aquilo que pudesse ainda ser de valia, tendo sido o resultado de tal empreitada, obra contendo os princípios fundamentais do Direito Romano, denominado de *Digesto* — ou *Pandectas*. Justiniano determinou ainda que fossem elaboradas as *Institutas*, uma espécie de manual de Direito para a juventude estudantil, baseado nas *Institutas* de Gaio, mas que deveria ter a mesma força legislativa dos demais textos de sua obra. A reunião do Código de Justiniano, do *Digesto* e das *Institutas* passou a ser denominada de *Corpus Juris Civilis* (Corpo de Direito Civil). Nesse sentido, MAYNZ, Charles. *Cours de droit romain*. 3. ed. Bruxelles/Paris: Librairie Polytechnique D'Aug. Decq/Librairie de A. Durant et Pedone, 1870. v.1.

4 Entende-se por “Recepção” o artificial ressurgimento progressivo, por toda a Europa, do Direito Romano, a partir do século XI. Decorreu particularmente da fundação de Universidades, que passaram a ensinar o Direito de Roma antiga, formando assim uma nova mentalidade entre os juristas. A recepção encontrou fácil guarida por parte dos governos da época, uma vez que facilitava a teorização do absolutismo. Os direitos bárbaros encaminhavam-se no sentido de uma paulatina liberalização para o homem do povo; com a recepção, encontrou-se um meio de impor freios lógicos e jurídicos a esse estado de coisas, fazendo-se-o sob as vestes de um tecnicismo jurídico apurado.

5 As origens da recepção estão atreladas à verdadeira revolução cultural de que a Itália foi palco ao longo dos séculos XII e XIII. Os glosadores da denominada Escola de Bologna ocuparam-se em interpretar e difundir todo o conhecimento do Código de Justiniano, abrindo uma verdadeira ponte a estabelecer ligação com a cultura do mundo antigo. ENNECCERUS observa que “la coincidencia con las necesidades del tráfico, la ventanas formales de la clara formación de conceptos y su perfecta congruencia determinarían que non solo se le presentase como derecho romano, sino como el derecho lisa y llanamente, sin apelativos, como la ratio scripta.” (ENNECCERUS, Ludwig. *Tra-tado de derecho civil: parte general*. Trad. Blas Perez Gonzales e Jose Alguer. Barcelona: Bosch, 1966. v.1, p.8).

1 Tendências e características do Direito Civil contemporâneo

1.1 Codificação e fragmentação do Direito Civil ao longo dos tempos

Ao longo dos tempos, a incessante busca de aperfeiçoamento do sistema jurídico tem ensejado perene alternância entre o predomínio dos movimentos de codificação legislativa e da idéia de fragmentação do direito positivo em diversos estatutos autônomos. Conquanto a experiência nos tenha permitido constatar ser a aplicação isolada de um ou do outro critério invariavelmente insuficiente para atender às pretensões de aprimoramento jurídico, justifica-se a existência de tal movimento pendular nas naturais diversidades inerentes às opções políticas, ligadas a critérios de oportunidade e aos pendores de cada época¹.

A expressão “Código”, nas palavras de Perlingieri, traduz a idéia de “documento (que é uma lei) contendo um conjunto de proposições prescritivas (das quais se extraem normas) consideradas unitariamente, segundo uma idéia de coerência e de sistema, destinadas a constituir uma disciplina tendencialmente completa de um setor”².

Conquanto a concepção político-pragmática do direito romano clássico tenha tido o mérito de até certo ponto propiciar a unificação de boa parte do mundo antigo em torno de corpo legislativo único, seus estatutos jurídicos eram mais um alinhavado de fórmulas e casuísmos do que, propriamente, textos dotados de unidade lógico-sistemática. Intenso esforço na busca da reunião de todas as regras do Direito, inde-

1 As dúvidas quanto às vantagens de um sistema sobre o outro suscitaram calorosas discussões do mundo científico, tanto na passagem do século XVIII para o XIX (em especial quando do advento do Código Civil francês), como ao aproximar-se o século XX, por ocasião do surgimento do BGB alemão.

2 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.3-4.

pendentemente de sua origem, foi ainda desenvolvido pelo Imperador Justiniano, após a derrocada da parte ocidental do Império. Tratava-se, todavia, de obra de mera compilação³.

Na Europa ocidental, ressaltou-se, a ausência de preocupação com a unidade fez com que até o século IX boa parte das relações continuasse sendo regida pelo antigo “direito das gentes”. Com o passar do tempo acabou este perdendo seu lastro originário, quando assumiu a forma de um novo direito, de base predominantemente consuetudinária, em regiões como a Alemanha e a França, mas que logo se evidenciou insuficiente para atender às necessidades do comércio, ainda que incipiente.

A idéia de um sistema jurídico intrinsecamente harmônico, até certo ponto motivado na necessidade de “segurança” nas relações de comércio, deu-se apenas a partir do século XI com o fenômeno da “recepção”⁴ do Direito Romano⁵ consoante sua estrutura clássica. Paralelamente

3 POMPEU e CÉSAR haviam manifestado desejo de elaborar tal obra, mas não tiveram tempo para concretizar seus intentos, ao passo que a coleção de TEODÓSIO era incompleta. Assim, a obra procedida na fase romana pós-clássica por Justiniano, com o auxílio do jurista TRIBONIANO, acabou sendo, acima de tudo, uma exigência de seu tempo. Redigido em 14 meses, o *Codex Justinianus* (Código de Justiniano) — dividido em 12 livros — procurou reunir as ordenanças dos imperadores contidas nos Códigos Gregoriano, Hermogeniano e Teodosiano, bem como as Novelas deste último, fazendo desaparecer quaisquer contradições e conflitos aparentes existentes entre elas. O Imperador encarregou uma Comissão de reunir, dentre os pareceres dos jurisconsultos mais célebres do passado, tudo aquilo que pudesse ainda ser de valia, tendo sido o resultado de tal empreitada, obra contendo os princípios fundamentais do Direito Romano, denominado de *Digesto* — ou *Pandectas*. Justiniano determinou ainda que fossem elaboradas as *Institutas*, uma espécie de manual de Direito para a juventude estudantil, baseado nas *Institutas* de Gaio, mas que deveria ter a mesma força legislativa dos demais textos de sua obra. A reunião do Código de Justiniano, do *Digesto* e das *Institutas* passou a ser denominada de *Corpus Juris Civilis* (Corpo de Direito Civil). Nesse sentido, MAYNZ, Charles. **Cours de droit romain**. 3. ed. Bruxelles/Paris: Librairie Polytechnique D'Aug. Decq/Librairie de A. Durant et Pedone, 1870. v.1.

4 Entende-se por “Recepção” o artificial ressurgimento progressivo, por toda a Europa, do Direito Romano, a partir do século XI. Decorreu particularmente da fundação de Universidades, que passaram a ensinar o Direito de Roma antiga, formando assim uma nova mentalidade entre os juristas. A recepção encontrou fácil guarida por parte dos governos da época, uma vez que facilitava a teorização do absolutismo. Os direitos bárbaros encaminhavam-se no sentido de uma paulatina liberalização para o homem do povo; com a recepção, encontrou-se um meio de impor freios lógicos e jurídicos a esse estado de coisas, fazendo-se-o sob as vestes de um tecnicismo jurídico apurado.

5 As origens da recepção estão atreladas à verdadeira revolução cultural de que a Itália foi palco ao longo dos séculos XII e XIII. Os glosadores da denominada Escola de Bologna ocuparam-se em interpretar e difundir todo o conhecimento do Código de Justiniano, abrindo uma verdadeira ponte a estabelecer ligação com a cultura do mundo antigo. ENNECCERUS observa que “la coincidencia con las necesidades del tráfico, la ventanas formales de la clara formación de conceptos y su perfecta congruencia determinaran que non solo se le presentase como derecho romano, sino como el derecho lisa y llanamente, sin apelativos, como la ratio scripta.” (ENNECCERUS, Ludwig. **Tratado de derecho civil**: parte general. Trad. Blas Perez Gonzales e Jose Alguer. Barcelona: Bosch, 1966. v.1, p.8).

a tal fenômeno, que deu sobrevida ao Direito Privado de Justiniano, o direito europeu recebeu influxos inúmeros do direito canônico⁶, entendido este como sendo o criado pelos órgãos jurisdicionais da Igreja⁷.

O movimento pela moderna codificação do Direito eclodiu apenas no final do século XVIII, quando do advento do Código Prussiano (1794) e, em especial, do Código Civil francês (1804), que, tendo surgido em meio a profundo processo revolucionário cujo ciclo se encerraria apenas com a queda do Primeiro Império, instituiu legislação civil uniforme em substituição às Ordenanças reais obrigatórias em todo o reino.

O ato de “codificar” corresponde invariavelmente à idéia de atrelar a atividade legislativa a um eixo axiológico que, no Código Napoleônico desenvolveu-se ao redor das noções de propriedade privada e de autonomia da vontade em sede obrigacional, conseqüências de marcante individualismo traduzido em exaltação à igualdade, à liberdade e à espiritualidade do homem⁸.

Novo questionamento em torno do tema surgiu por ocasião do advento do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*)⁹ em 1896 que, apesar de vir

6 No Direito Canônico ganhou particular destaque o *Corpus juris canonici*, trabalho que compreendia quatro obras: o *Decretum Gratiani*, as Decretais de Gregório IX, o *Liber sextus* de Bonifácio VII e as *Clementinas*. Cumpre observar que, em havendo alguma divergência entre o direito canônico e o direito romano, aquele acabava sempre por prevalecer, sendo levado em conta, para tanto, o fato de possuir estrutura mais moderna; seria, portanto mais adequado às necessidades do comércio.

7 Na Alemanha, em especial, a gradativa dissolução de um poder central fez com que, durante os séculos XVII e XVIII, o direito consuetudinário se desenvolvesse particularmente, passando a trazer verdadeira fusão dos direitos romano e canônico com os usos locais. Boa parte da legislação era composta, então, de leis locais e municipais. A França pré-revolucionária, por sua vez encontrava-se dividida entre dois sistemas: havia regiões nas quais imperava o direito escrito (sendo o direito romano seu principal suporte) e regiões submetidas ao direito consuetudinário; nestas importavam, principalmente, os diversos usos e costumes das cidades e províncias.

8 O Código de 1804 teve por base o Projeto do Ano VIII, elaborado em apenas quatro meses, da lavra de uma Comissão composta de quatro juristas nomeados por Napoleão na manhã seguinte ao 18 Brumário: Tranchet, Portalis, Bigot de Préameneu e Maleville; dentre todos, destacou-se o segundo, (CARBONNIER, Jean. **Droit Civil**, v.1, p. 55). O grande mérito da obra de Portalis foi lograr, apesar dos graves desequilíbrios de caráter econômico, político e social, obter a unidade legislativa, com a abolição dos Códigos pré-unitários.

9 THIBAUT, professor na Universidade de Heidelberg, sob o argumento de ser necessário deter a fragmentação jurídica, chegou a pleitear a elaboração de um Código geral para a Alemanha. A idéia, porém, acabou enfrentando ferrenha oposição de SAVIGNY, em seu opúsculo intitulado “*Da vocação de nossa época para a Legislação e a Ciência do Direito*”, no qual o grande mestre observou: a) em primeiro lugar, dificilmente Prússia e Áustria renunciariam aos seus recém-criados Códigos; b) faltaria, no seu entender, capacidade aos doutrinadores para empreender semelhante obra, consoante teria ficado patente com o conteúdo “mediocre” do tratado de *Pan-*

dotado de técnica jurídica mais apurada do que a apresentada quando da elaboração do texto gaulês, manteve como características — tal como seus correspondentes francês de 1804, e italiano de 1865 — a defesa da propriedade privada e da autonomia da vontade no que concerne à liberdade de contratar, doutrinas que inspiraram igualmente o legislador brasileiro de 1916.

O antigo Código Civil brasileiro, erigido a corpo jurídico único na disciplina das relações privadas, tinha preocupação em transmitir sensações de segurança e estabilidade nas relações jurídicas. A filosofia dominante impunha fazer circular riquezas por via de uma ampla liberdade aos poderes de contratar, adquirir e resguardar bens, sem qualquer intervenção do Poder Público. Os riscos daí decorrentes diminuiriam ou aumentariam na razão direta do maior ou menor discernimento das partes envolvidas.

Por volta da década de 30 do século passado, porém, o surgimento do Estado assistencialista deu início a uma segunda fase do Direito Civil brasileiro, na qual foram editados diplomas legais regulando novos institutos advindos da emergente conjuntura socioeconômica do país que se industrializava e se afastava do individualismo. Com o advento dessa legislação extravagante, o Código Civil brasileiro como que encolheu em área de incidência, perdendo a primazia incontestável que lhe cabia no rol das leis civis¹⁰.

dedtas; c) careceria ainda a ciência jurídica de uma linguagem técnica adequada (ENNECCERUS, Ludwig. **Tratado de derecho civil**: parte general. Trad. Blas Perez Gonzales e Jose Alguer. Barcelona: Bosch, 1966. v.1, p. 30). O movimento pela codificação prosseguiu, mas se manifestou de imediato apenas em textos regionais. O passar dos anos, contudo, acabou tornando os argumentos de SAVIGNY superados. Apesar da Prússia, Baviera, Hessen e Saxônia tentarem elaborar novos Códigos, apenas o desta última região veio a lume, no ano de 1863. Sua aplicação foi, contudo, limitada ao seu território, não tendo vingado a idéia original no sentido de que fosse ele aplicado a toda a região da Turingia.

10 Em âmbito mundial, tal mudança no paradigma levou ao advento do Código Civil italiano de 1942, colocando no centro das atenções a empresa, a atividade produtiva, a regulamentação do trabalho e a forma político-jurídica do intervencionismo de Estado nas relações econômicas.

a tal fenômeno, que deu sobrevida ao Direito Privado de Justiniano, o direito europeu recebeu influxos inúmeros do direito canônico⁶, entendido este como sendo o criado pelos órgãos jurisdicionais da Igreja⁷.

O movimento pela moderna codificação do Direito eclodiu apenas no final do século XVIII, quando do advento do Código Prussiano (1794) e, em especial, do Código Civil francês (1804), que, tendo surgido em meio a profundo processo revolucionário cujo ciclo se encerraria apenas com a queda do Primeiro Império, instituiu legislação civil uniforme em substituição às Ordenanças reais obrigatórias em todo o reino.

O ato de “codificar” corresponde invariavelmente à idéia de atrelar a atividade legislativa a um eixo axiológico que, no Código Napoleônico desenvolveu-se ao redor das noções de propriedade privada e de autonomia da vontade em sede obrigacional, conseqüências de marcante individualismo traduzido em exaltação à igualdade, à liberdade e à espiritualidade do homem⁸.

Novo questionamento em torno do tema surgiu por ocasião do advento do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*)⁹ em 1896 que, apesar de vir

6 No Direito Canônico ganhou particular destaque o *Corpus juris canonici*, trabalho que compreendia quatro obras: o *Decretum Gratiani*, as Decretais de Gregório IX, o *Liber sextus* de Bonifácio VII e as *Clementinas*. Cumpre observar que, em havendo alguma divergência entre o direito canônico e o direito romano, aquele acabava sempre por prevalecer, sendo levado em conta, para tanto, o fato de possuir estrutura mais moderna; seria, portanto mais adequado às necessidades do comércio.

7 Na Alemanha, em especial, a gradativa dissolução de um poder central fez com que, durante os séculos XVII e XVIII, o direito consuetudinário se desenvolvesse particularmente, passando a trazer verdadeira fusão dos direitos romano e canônico com os usos locais. Boa parte da legislação era composta, então, de leis locais e municipais. A França pré-revolucionária, por sua vez encontrava-se dividida entre dois sistemas: havia regiões nas quais imperava o direito escrito (sendo o direito romano seu principal suporte) e regiões submetidas ao direito consuetudinário; nestas importavam, principalmente, os diversos usos e costumes das cidades e províncias.

8 O Código de 1804 teve por base o Projeto do Ano VIII, elaborado em apenas quatro meses, da lavra de uma Comissão composta de quatro juristas nomeados por Napoleão na manhã seguinte ao 18 Brumário: Tranchet, Portalis, Bigot de Préameneu e Maleville; dentre todos, destacou-se o segundo. (CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*, v.1, p. 55). O grande mérito da obra de Portalis foi lograr, apesar dos graves desequilíbrios de caráter econômico, político e social, obter a unidade legislativa, com a abolição dos Códigos pré-unitários.

9 THIBAUT, professor na Universidade de Heidelberg, sob o argumento de ser necessário deter a fragmentação jurídica, chegou a pleitear a elaboração de um Código geral para a Alemanha. A idéia, porém, acabou enfrentando ferrenha oposição de SAVIGNY, em seu opúsculo intitulado “*Da vocação de nossa época para a Legislação e a Ciência do Direito*”, no qual o grande mestre observou: a) em primeiro lugar, dificilmente Prússia e Áustria renunciariam aos seus recém-criados Códigos; b) faltaria, no seu entender, capacidade aos doutrinadores para empreender semelhante obra, consoante teria ficado patente com o conteúdo “mediocre” do tratado de *Pan-*

dotado de técnica jurídica mais apurada do que a apresentada quando da elaboração do texto gaulês, manteve como características — tal como seus correspondentes francês de 1804, e italiano de 1865 — a defesa da propriedade privada e da autonomia da vontade no que concerne à liberdade de contratar, doutrinas que inspiraram igualmente o legislador brasileiro de 1916.

O antigo Código Civil brasileiro, erigido a corpo jurídico único na disciplina das relações privadas, tinha preocupação em transmitir sensações de segurança e estabilidade nas relações jurídicas. A filosofia dominante impunha fazer circular riquezas por via de uma ampla liberdade aos poderes de contratar, adquirir e resguardar bens, sem qualquer intervenção do Poder Público. Os riscos daí decorrentes diminuiriam ou aumentariam na razão direta do maior ou menor discernimento das partes envolvidas.

Por volta da década de 30 do século passado, porém, o surgimento do Estado assistencialista deu início a uma segunda fase do Direito Civil brasileiro, na qual foram editados diplomas legais regulando novos institutos advindos da emergente conjuntura socioeconômica do país que se industrializava e se afastava do individualismo. Com o advento dessa legislação extravagante, o Código Civil brasileiro como que encolheu em área de incidência, perdendo a primazia incontestável que lhe cabia no rol das leis civis¹⁰.

dectas; c) careceria ainda a ciência jurídica de uma linguagem técnica adequada (ENNECCERUS, Ludwig. **Tratado de derecho civil**: parte general. Trad. Blas Perez Gonzales e Jose Alguer. Barcelona: Bosch, 1966. v.1, p. 30). O movimento pela codificação prosseguiu, mas se manifestou de imediato apenas em textos regionais. O passar dos anos, contudo, acabou tornando os argumentos de SAVIGNY superados. Apesar da Prússia, Baviera, Hessen e Saxônia tentarem elaborar novos Códigos, apenas o desta última região veio a lume, no ano de 1863. Sua aplicação foi, contudo, limitada ao seu território, não tendo vingado a idéia original no sentido de que fosse ele aplicado a toda a região da Turingia.

10 Em âmbito mundial, tal mudança no paradigma levou ao advento do Código Civil italiano de 1942, colocando no centro das atenções a empresa, a atividade produtiva, a regulamentação do trabalho e a forma político-jurídica do intervencionismo de Estado nas relações econômicas.

1.2 A interpenetração do Direito Civil com o Direito Constitucional

Com o final da Segunda Guerra Mundial as Cartas Políticas fundamentais passaram a trazer em seu bojo princípios e normas fixando deveres sociais ao desenvolvimento da atividade econômica privada¹¹, dando ensejo a nova fase da codificação civil, na qual esta perde em definitivo seu papel hegemônico sobre as demais leis. A mudança de paradigma, que aparentemente teria ensejado novo fracionamento do Direito, apenas deslocou a tarefa de fundamentar e unir o ordenamento jurídico para os textos constitucionais, que passaram a definir e minuciar princípios antes constantes tão somente do Direito Civil.

Tal mecanismo intervencionista, contudo, acabou sendo consagrado de modo integral no Brasil apenas com o advento da Constituição de 1988, consolidando a mudança do papel desempenhado pelo Código Civil que passou a ser valorado e interpretado ao lado de inúmeros diplomas setoriais, que se convencionou denominar “estatutos”, cada qual com vocação universalizante. A crescente intervenção estatal deu ensejo a verdadeira transformação do denominado Estado de Direito em Estado Social, caracterizando-se este pela prioridade concedida à justiça social.

Conceitos de Direito Civil — alguns em verdadeiro processo de constitucionalização — passaram, assim, à condição de mera parte integrante de um macro-sistema cuja estrela maior é a Constituição Federal, com o qual o intérprete necessariamente deverá operar¹².

11 No Brasil, a Constituição de 1946 permitiu mudança de enfoque sem que houvesse alteração formal da legislação infraconstitucional. Dentre as Constituições européias elaboradas sob a nova ótica, destacou-se a da Itália, de 1948, ensejando uma releitura do Código Civil italiano à luz da superveniente opção ideológica-jurídica, constitucional, consoante a qual a produção encontra limites insuperáveis no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.4).

12 A questão da existência de normas civis no texto Constitucional foi magnificamente estudada por Perlangieri (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.10-1), que a analisa sob quatro enfoques diversos: a) Teoria da Constituição como limite, segundo a qual a norma constitucional seria mero “limite” ou “barreira” à norma ordinária, atuando apenas excepcionalmente e assim mesmo de forma residual; b) Teoria da Relevância somente interpretativa consoante a qual a

Tal entendimento não tem, contudo, o condão de alterar a *natureza civil* de regras por vezes contidas na Constituição, pois “o direito civil constitucional é materialmente direito civil contido na Constituição e só formalmente direito constitucional”¹³.

1.3 O fenômeno da personalização do Direito Civil

Como desdobramento dessa interpenetração entre o campo constitucional e o civil, temos outra tendência marcante nos dias de hoje: a chamada Personalização do Direito Civil, com crescente valorização da vida e da dignidade humanas, sendo inequívoca a tendência do legislador a apresentar maior sensibilidade quanto aos denominados “direitos da personalidade”, interesses elevados à categoria de princípios fundamentais da Constituição Federal.

1.4 O fenômeno da Desagregação do Direito Civil e o surgimento dos microssistemas jurídicos

Uma terceira propensão corresponde ao fenômeno da Desagregação do Direito Civil, denominação consagrada em doutrina que corresponde à sua crescente fragmentação em ramos jurídicos autônomos, alguns dos quais, inclusive, dotados de princípios próprios, como por exemplo, o Direito Agrário, o Direito do Autor e o Direito do Consumidor. A consolidação desses verdadeiros microssistemas jurídicos passou a ensejar dúvidas quanto à viabilidade em manter-se uma visão do Direito estruturada em torno da idéia de codificação.

norma constitucional deve ser a expressão de princípios jurídicos gerais a serem utilizados na interpretação de enunciados normativos ordinários; c) Teoria da aplicabilidade Indireta, que sustenta poder a norma constitucional disciplinar uma relação de direito civil somente mediante a aplicação simultânea de uma norma ordinária, não podendo atuar sozinha na falta da ordinária aplicável ao caso concreto; d) Teoria da aplicabilidade Direta, que apregoa poder a norma, mesmo que sozinha (quando não existir norma ordinária que discipline a *fattispecie* em consideração), desempenhar a função de fonte disciplinadora da relação jurídica de direito civil.

13 AMARAL, Francisco. **Direito civil**. Introdução, p.155.

Mencionado questionamento sobre o modo tradicional de legislar não pode, contudo, ser atribuído unicamente à essa nova perspectiva normativa na qual o papel de destaque e de autoridade, inicialmente desempenhado pelo Código eminentemente privado, passa à Constituição Federal, sob cuja ótica são interpretadas todas as normas ordinárias, nelas incluídas o próprio Código¹⁴. A idéia da quase-perpetuidade dos textos também não mais se demonstrava adequada ao dinamismo social marcante no final do século XX, caracterizado pela necessidade de disciplinar as relações jurídicas mediante rápida sucessão de regras legais destinadas a um público alvo menos universal. Não se pode tampouco deixar considerar no surgimento da denominada *problemática das codificações* a questão da mudança nas próprias fontes legislativas. Os textos legais, com efeito, passaram a ser o resultado do consenso entre interessados diretos – como forças econômicas, partidos políticos ou grupos ambientalistas – cabendo ao governo tão somente proceder à sua formalização, em atividade quase homologatória.

Não resta dúvida de que, dentro da perspectiva sugerida pelos teóricos no sentido da criação de códigos setoriais, o Código de Defesa do Consumidor deve ser considerado como um verdadeiro microsistema normativo, eis que dotado de regras próprias. Tal sistema teria, ainda segundo a doutrina, natureza aberta. A idéia de sistema fechado, autopoietico¹⁵, efetivamente, não mais se justifica; sua adoção permitiria a aplicação apenas das regras do próprio Código de Defesa do Consumidor na hipótese do aplicador da norma ter que lançar mão do recurso da *interpretação analógica*. Ademais, as relações dos diversos microsistemas entre si são fato inegável, o que permite a aplicação a vários ramos do Direito das regras originalmente inerentes à estrutura de um só deles.

14 RODOLFO SACCO, em artigo da *Rivista di Diritto Civile*, apropriadamente observou já vir ganhando corpo dentre os doutrinadores, há algum tempo, a impactante idéia no sentido de que "il codice è morto. Il tempo in cui si codificava — specialmente, in cui si codificava il diritto civile — è un tempo superato" (SACCO, Rodolfo. *Codificare: modo superato di legiferare? Rivista di Diritto Civile*, Padova, a. XXIX, fascicolo cinque, 1983).

15 A proposta de sistema autopoietico pode ser encontrada na obra de GUNTHER TEUBNER, "O Direito como sistema autopoietico". "Poietikós", em grego, indica a virtude daquilo que pode gerar, produzir, criar. O prefixo "auto" expressa, no caso, a idéia de "por si só".

Segundo tal entendimento sustentando verdadeira permeabilidade entre ramos do Direito, princípios eventualmente previstos no Código de Defesa do Consumidor poderiam incidir em casos concretos, mesmo que não houvesse relação de consumo envolvida. Bastaria, para tanto, que se fizessem presentes, a título de mera ilustração, conjunturas de hipossuficiência ou de verossimilhança previstas com particular tratamento naquele estatuto.

Partindo do mesmo pressuposto, sustentou-se anteriormente à vigência do Código de 2002 que o princípio da boa-fé objetiva, introduzido em nossa legislação pelo Código de Defesa do Consumidor, teria migrado também para outras áreas do Direito para suprir lacuna normativa de natureza secundária, na medida em que à época da promulgação do antigo Código de 1916 ainda não se cogitava em nosso direito de qualquer princípio ligado à *boa-fé objetiva*. De igual modo entendeu-se cabível a aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor no que concerne a contratos de adesão outros (mesmo ausente o requisito genérico da "relação de consumo"), desde que nas circunstâncias estivessem presentes idênticos pressupostos de inspiração, legitimadores da intervenção legislativa¹⁶.

Em substituição ao monossistema representado pelo Código Civil passou a prevalecer a visão do Direito Privado estruturada em um polisistema formado por estatutos, verdadeiros microsistemas do direito privado. Tal concepção, contudo, caso levado ao extremo, redundaria na total fragmentação do Direito Civil. Tem predominado, assim, o entendimento no sentido de que, não mais sendo o Código Civil adequado a informar com princípios estáveis as diversas regras contidas nos estatutos, a unidade do sistema deve ser buscada mediante o deslocamento

16 Alinne Novais, em trabalho anterior à vigência do Código Civil de 2002, sustentou com veemência a tese da aplicabilidade das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor a todas as situações nas quais o negócio jurídico tivesse sido celebrado por meio de um contrato de adesão, valendo-se, para tanto, de interpretação maximalista do artigo 29 da lei, segundo a qual haveria relação de consumo toda vez que se fizesse presente um contrato de adesão (NOVAIS, Alinne Arquette Leite, *A Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor*, p. 164).

do ponto de referência antes localizado no Código Civil para a tábua axiológica da Constituição Federal¹⁷.

2 Consumidor, fornecedor, relação de consumo e Direito do Consumidor

A necessidade imperiosa da existência de tratamento específico à realidade fática e jurídica vivenciada pela sociedade de consumo em seu cotidiano — surgida na segunda metade do século passado — veio ao encontro das transformações suportadas pelo Direito ao longo do mesmo período, que impuseram concepção mais fragmentária do ordenamento jurídico, não apenas por parte do intérprete, mas, em especial, na gênese dos textos normativos.

As primeiras manifestações do “*consumerism*”¹⁸ ter-se-iam dado, segundo alguns autores¹⁹, com o surgimento de pequenas organizações norte-americanas no final do século XIX. O enfrentamento efetivo do problema, contudo, ocorreu tão somente na segunda metade do século

17 Nesse sentido veja-se Gustavo Tepedino (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*. In: TEMAS de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 13).

18 A palavra “consumerismo” vem sendo empregada como equivalente em língua portuguesa de “*consumerism*”, apesar de ainda não constar das mais recentes edições dos grandes dicionários editados nos últimos anos. Para NEWTON DE LUCCA (Direito do Consumidor, p. 20) não é possível cogitar-se da utilização do vocábulo “consumismo”, pois consta tal palavra nos léxicos nacionais apenas como sendo o sistema que favorece o consumo exagerado e, por extensão, a tendência a comprar exageradamente. Em que pese o renome do jurista, acreditamos que a solução possa ser diversa. O vocábulo “*consumerism*”, em inglês, possui múltiplas acepções, conforme consta do “Random House Unabridged Dictionary”, dentre as quais: “1. Movimento contemporâneo para a proteção do consumidor contra produtos inúteis, inferiores ou perigosos, contra propaganda enganosa, preços injustos etc. 2. O conceito de que um consumo de bens sempre expansivo é vantajoso para a economia. 3. O fato ou prática de um aumento no consumo de bens: uma crítica do consumismo Americano”. A primeira acepção corresponderia inquestionavelmente ao que se propõe denominar “consumerismo”; a última, ao que se denomina “consumismo”. Não haveria razão, pois, salvo melhor juízo, para ser criado novo vocábulo em português, quando, na verdade, já existe palavra em nosso idioma — consumismo — que poderia perfeitamente ter a mesma amplitude de sua correspondente no original — *consumerism* — em inglês. Bastaria o reconhecimento da existência de acepção diversa daquela que espelha o consumo exagerado de bens, qual seja a correspondente ao movimento surgido para a defesa dos consumidores. O fato, contudo, de não haver em língua portuguesa, mesmo nos léxicos mais modernos, qualquer menção ao vocábulo “consumerismo”, ou tampouco a acepção por nós acima proposta no verbete “consumismo”, fez com que optássemos por deliberadamente evitar ambas as palavras ao longo do texto do presente artigo. O tempo dirá qual das duas irá prevalecer (veja ainda GRASSI NETO, Roberto. *Princípios de Direito do Consumidor*. Elementos para uma Teoria Geral, p. 36).

19 V.g. GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de Direito do Consumidor*.

XX, a partir de discurso do então Presidente americano John F. Kennedy²⁰, que deu origem, por iniciativa do senador Magnuson, à instauração de Comissão do Senado americano, em 1967, destinada a supervisionar a segurança dos produtos.

Na análise da problemática do consumidor e das relações de consumo, cujo estudo ainda está incipiente, é necessário desvelar as grandes diretrizes que orientam a matéria, seus mandamentos nucleares, sua autonomia no seio do ordenamento jurídico, mesmo porque a incidência da “proteção ao consumidor” é delimitada pelo alcance dos conceitos básicos da matéria.

2.1 Consumidor

Procurando extrair síntese dos posicionamentos perfilhados pelas legislações a respeito do tema, bem como demonstrando sensibilidade aos fluxos da jurisprudência que as enfocou, logrou a doutrina identificar duas correntes de pensamento. A primeira, mais antiga, preocupada em dar efetiva guarida àqueles consumidores que se apresentam mais fragilizados, buscou valer-se de critério teleológico na fixação de parâmetros conceituais. A segunda enfoca a questão segundo ótica maximalista, considerando como consumidor a pessoa que pratica ato jurídico ou material realizando a destinação final do bem objetivado, de modo a esgotar total ou parcialmente o valor econômico e provocando geralmente sua retirada definitiva ou temporariamente, do mercado.

20 “Consumidores, por definição, incluem todos nós. Eles são o maior grupo econômico na economia, influenciando e sendo influenciado por quase toda decisão econômica, pública ou particular. Dois terços de todos os gastos na economia são realizados pelos consumidores. Mas eles são o único grupo importante na economia que não é efetivamente organizado, e cujas opiniões freqüentemente não são ouvidas” (KENNEDY, John Fitzgerald. *Special Message to the Congress on Protecting the consumer Interest*. March 15, 1962. *Public Papers of the Presidents* [93], p. 235-43.).

do ponto de referência antes localizado no Código Civil para a tábua axiológica da Constituição Federal¹⁷.

2 Consumidor, fornecedor, relação de consumo e Direito do Consumidor

A necessidade imperiosa da existência de tratamento específico à realidade fática e jurídica vivenciada pela sociedade de consumo em seu cotidiano — surgida na segunda metade do século passado — veio ao encontro das transformações suportadas pelo Direito ao longo do mesmo período, que impuseram concepção mais fragmentária do ordenamento jurídico, não apenas por parte do intérprete, mas, em especial, na gênese dos textos normativos.

As primeiras manifestações do “*consumerism*”¹⁸ ter-se-iam dado, segundo alguns autores¹⁹, com o surgimento de pequenas organizações norte-americanas no final do século XIX. O enfrentamento efetivo do problema, contudo, ocorreu tão somente na segunda metade do século

17 Nesse sentido veja-se Gustavo Tepedino (TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: TEMAS de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 13).

18 A palavra “consumerismo” vem sendo empregada como equivalente em língua portuguesa de “*consumerism*”, apesar de ainda não constar das mais recentes edições dos grandes dicionários editados nos últimos anos. Para NEWTON DE LUCCA (Direito do Consumidor, p. 20) não é possível cogitar-se da utilização do vocábulo “consumismo”, pois consta tal palavra nos léxicos nacionais apenas como sendo o sistema que favorece o consumo exagerado e, por extensão, a tendência a comprar exageradamente. Em que pese o renome do jurista, acreditamos que a solução possa ser diversa. O vocábulo “*consumerism*”, em inglês, possui múltiplas acepções, conforme consta do “Random House Unabridged Dictionary”, dentre as quais: “1. Movimento contemporâneo para a proteção do consumidor contra produtos inúteis, inferiores ou perigosos, contra propaganda enganosa, preços injustos etc. 2. O conceito de que um consumo de bens sempre expansivo é vantajoso para a economia. 3. O fato ou prática de um aumento no consumo de bens: uma crítica do consumismo Americano”. A primeira acepção corresponderia inquestionavelmente ao que se propõe denominar “consumerismo”; a última, ao que se denomina “consumismo”. Não haveria razão, pois, salvo melhor juízo, para ser criado novo vocábulo em português, quando, na verdade, já existe palavra em nosso idioma — consumismo — que poderia perfeitamente ter a mesma amplitude de sua correspondente no original — *consumerism* — em inglês. Bastaria o reconhecimento da existência de acepção diversa daquela que espelha o consumo exagerado de bens, qual seja a correspondente ao movimento surgido para a defesa dos consumidores. O fato, contudo, de não haver em língua portuguesa, mesmo nos léxicos mais modernos, qualquer menção ao vocábulo “consumerismo”, ou tampouco a acepção por nós acima proposta no verbete “consumismo”, fez com que optássemos por deliberadamente evitar ambas as palavras ao longo do texto do presente artigo. O tempo dirá qual das duas irá prevalecer (veja ainda GRASSI NETO, Roberto. **Princípios de Direito do Consumidor**: Elementos para uma Teoria Geral, p. 36).

19 V.g. GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de Direito do Consumidor**.

XX, a partir de discurso do então Presidente americano John F. Kennedy²⁰, que deu origem, por iniciativa do senador Magnuson, à instauração de Comissão do Senado americano, em 1967, destinada a supervisionar a segurança dos produtos.

Na análise da problemática do consumidor e das relações de consumo, cujo estudo ainda está incipiente, é necessário desvelar as grandes diretrizes que orientam a matéria, seus mandamentos nucleares, sua autonomia no seio do ordenamento jurídico, mesmo porque a incidência da “proteção ao consumidor” é delimitada pelo alcance dos conceitos básicos da matéria.

2.1 Consumidor

Procurando extrair síntese dos posicionamentos perfilhados pelas legislações a respeito do tema, bem como demonstrando sensibilidade aos influxos da jurisprudência que as enfocou, logrou a doutrina identificar duas correntes de pensamento. A primeira, mais antiga, preocupada em dar efetiva guarida àqueles consumidores que se apresentam mais fragilizados, buscou valer-se de critério teleológico na fixação de parâmetros conceituais. A segunda enfoca a questão segundo ótica maximalista, considerando como consumidor a pessoa que pratica ato jurídico ou material realizando a destinação final do bem objetivado, de modo a esgotar total ou parcialmente o valor econômico e provocando geralmente sua retirada definitiva ou temporariamente, do mercado.

20 “Consumidores, por definição, incluem todos nós. Eles são o maior grupo econômico na economia, influenciando e sendo influenciado por quase toda decisão econômica, pública ou particular. Dois terços de todos os gastos na economia são realizados pelos consumidores. Mas eles são o único grupo importante na economia que não é efetivamente organizado, e cujas opiniões freqüentemente não são ouvidas” (KENNEDY, John Fitzgerald. Special Message to the Congress on Protecting the consumer Interest. March 15, 1962. **Public Papers of the Presidents** [93], p. 235-43.).

Os partidários da doutrina teleológica entendem ser a ótica maximalista particularmente perigosa, na medida em que a ampliação demasiada da área de incidência da norma de proteção poderia acabar sujeitando o consumidor individual — que é o destinatário primeiro das normas protetivas — a possível denegação de tutela. Afirmam que, ao ser ampliado o rol de sujeitos tutelados, a eficácia da proteção naturalmente diminuiria, uma vez que a providência legal perderia sua natureza particular e passaria a ter aspecto geral. Ademais, prosseguem, seu caráter objetivo faria com que se confundisse fatalmente “consumidor” com o “usuário final” (aí abrangidos profissionais, industriais, comerciantes ou prestadores de serviços que adquirem, para as necessidades de suas empresas, bens de capital e até mesmo de investimentos).

Prevalece atualmente o entendimento proposto por Bourgoignie, no sentido de que conceito mais adequado será obtido com conjugação de mencionada ótica objetiva com elementos de natureza eminentemente subjetiva²¹.

O legislador pátrio optou por conceituar “consumidor” (artigo 2º do CDC) como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” a ele estando equiparada a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja, de qualquer modo, intervindo nas relações de consumo (art. 2º, parágrafo único, do CDC), bem como aqueles que venham a suportar eventual dano advindo de relação de consumo (art. 17 do CDC).

21 Thierry Bourgoignie propõe, assim, a seguinte conceituação: “1- consumidor é uma pessoa física ou moral que adquire, possui ou utiliza um bem ou serviço colocado no centro do sistema econômico por um profissional sem perquirir, ela própria, fabricação, a transformação, a distribuição ou a prestação no âmbito de um comércio ou de uma profissão; 2- Uma pessoa exercendo uma atividade em caráter profissional, comercial, financeiro ou industrial, não pode ser considerada como um consumidor, salvo se ficar estabelecido por ela que ela está agindo fora de sua especialidade e que ela realiza uma cifra global de negócios inferior a ... milhões de francos por ano” (BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v.2, p.24).

2.2 Fornecedor

O legislador de 1990 optou por conceituar “Fornecedor” no art. 3º do CDC, como sendo “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”²². O conceito de “produto”, por sua vez vem previsto no § 1º do mesmo dispositivo legal (“Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”), e o de “serviço” no respectivo §2º (“Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”).

2.3 Relação de Consumo

Por “relação de consumo”, enfim, entende-se a relação jurídica existente entre fornecedor e consumidor – ou quem esteja a este equiparado – advinda de ato de consumo ou decorrente de acidente de consumo, consistente em um dar (no que concerne ao fornecimento de produto) ou um fazer (quanto à prestação de serviços) e sobre a qual incide norma específica, cuja natureza de ordem pública se justifica na necessidade de proporcionar-se equilíbrio entre os pólos envolvidos, que se apresentam naturalmente de modo desigual. O que determina, pois, se a relação jurídica consistente em um dar ou um fazer é ou não de consumo será a qualidade das partes que a integram. Tal delimitação

22 De relevo, a respeito do tema, o fato de exigir o Código de Defesa do Consumidor seja o fornecedor, se de produtos, necessariamente um profissional. A afirmação tem sido inferida dos núcleos verbais correspondentes às condutas descritas no texto de lei, inerentes àquele que desempenha suas atividades com tal qualidade: produzir, montar, criar, construir, transformar, importar, exportar, distribuir ou comercializar. O mesmo, porém, não se aplica ao prestador de serviços. Em relação a ele basta um escopo de lucro para que possa ser considerado fornecedor.

Os partidários da doutrina teleológica entendem ser a ótica maximalista particularmente perigosa, na medida em que a ampliação demasiada da área de incidência da norma de proteção poderia acabar sujeitando o consumidor individual — que é o destinatário primeiro das normas protetivas — a possível denegação de tutela. Afirmam que, ao ser ampliado o rol de sujeitos tutelados, a eficácia da proteção naturalmente diminuiria, uma vez que a providência legal perderia sua natureza particular e passaria a ter aspecto geral. Ademais, prosseguem, seu caráter objetivo faria com que se confundisse fatalmente “consumidor” com o “usuário final” (aí abrangidos profissionais, industriais, comerciantes ou prestadores de serviços que adquirem, para as necessidades de suas empresas, bens de capital e até mesmo de investimentos).

Prevalece atualmente o entendimento proposto por Bourgoignie, no sentido de que conceito mais adequado será obtido com conjugação de mencionada ótica objetiva com elementos de natureza eminentemente subjetiva²¹.

O legislador pátrio optou por conceituar “consumidor” (artigo 2º do CDC) como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” a ele estando equiparada a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja, de qualquer modo, intervindo nas relações de consumo (art. 2º, parágrafo único, do CDC), bem como aqueles que venham a suportar eventual dano advindo de relação de consumo (art. 17 do CDC).

21 Thierry Bourgoignie propõe, assim, a seguinte conceituação: “1- consumidor é uma pessoa física ou moral que adquire, possui ou utiliza um bem ou serviço colocado no centro do sistema econômico por um profissional sem perquirir, ela própria, fabricação, a transformação, a distribuição ou a prestação no âmbito de um comércio ou de uma profissão; 2- Uma pessoa exercendo uma atividade em caráter profissional, comercial, financeiro ou industrial, não pode ser considerada como um consumidor, salvo se ficar estabelecido por ela que ela está agindo fora de sua especialidade e que ela realiza uma cifra global de negócios inferior a ... milhões de francos por ano” (BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v.2, p.24).

2.2 Fornecedor

O legislador de 1990 optou por conceituar “Fornecedor” no art. 3º do CDC, como sendo “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”²². O conceito de “produto”, por sua vez vem previsto no § 1º do mesmo dispositivo legal (“Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”), e o de “serviço” no respectivo §2º (“Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”).

2.3 Relação de Consumo

Por “relação de consumo”, enfim, entende-se a relação jurídica existente entre fornecedor e consumidor – ou quem esteja a este equiparado – advinda de ato de consumo ou decorrente de acidente de consumo, consistente em um dar (no que concerne ao fornecimento de produto) ou um fazer (quanto à prestação de serviços) e sobre a qual incide norma específica, cuja natureza de ordem pública se justifica na necessidade de proporcionar-se equilíbrio entre os pólos envolvidos, que se apresentam naturalmente de modo desigual. O que determina, pois, se a relação jurídica consistente em um dar ou um fazer é ou não de consumo será a qualidade das partes que a integram. Tal delimitação

22 De relevo, a respeito do tema, o fato de exigir o Código de Defesa do Consumidor seja o fornecedor, se de produtos, necessariamente um profissional. A afirmação tem sido inferida dos núcleos verbais correspondentes às condutas descritas no texto de lei, inerentes àquele que desempenha suas atividades com tal qualidade: produzir, montar, criar, construir, transformar, importar, exportar, distribuir ou comercializar. O mesmo, porém, não se aplica ao prestador de serviços. Em relação a ele basta um escopo de lucro para que possa ser considerado fornecedor.

é de vital importância, pois possibilitará não apenas determinar a legislação aplicável, mas, por vezes, fixar o foro competente.

3 Princípios de Direito e Princípios de Direito do Consumidor

3.1 Noção de Princípios de Direito

A problemática dos Princípios de Direito foi magnificamente sintetizada por Norberto Bobbio em torno de três questões, cujas respostas assumirão contornos completamente diversos, consoante a escola de pensamento a que se filie o intérprete da lei: 1ª.- os princípios gerais são normas jurídicas? 2ª.- originam-se dentro ou fora do sistema? 3ª.- qual a autoridade de que são investidos diante das outras normas do sistema?²³

Consoante a teoria Jusnaturalista, princípios de direito não são normas. Tendo sua origem no Direito Natural, estariam eles situados em um plano superior, fora do sistema normativo, sendo passíveis de aplicação meramente supletiva, na medida em que houvesse omissão legislativa²⁴.

A doutrina Positivista, por sua vez, assevera que princípios de direito são normas. Tendo sua origem no sistema, diferenciar-se-iam das demais normas – denominadas regras – pela sua natureza mais genérica e indefinida, bem como por seu caráter diretivo²⁵.

23 BOBBIO, Norberto. *Principi Generali di Diritto*. In: *NOVISSIMO Digesto Italiano*, v. 13.

24 Um dos maiores expoentes do jusnaturalismo foi Giorgio DEL VECCHIO (DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*, p. 380), que assim os conceitua: “os princípios gerais do Direito são as próprias exigências naturais do Direito que, introduzidas pela reflexão filosófica consoante uma tradição ininterrupta, tendem cada vez mais à busca de esclarecimento. Tais exigências formam um subsídio e um guia para sua compreensão e representam a fonte a que se deve recorrer quando de casos não contemplados de fato pelo legislador”. Dentre as legislações de inspiração jusnaturalista, podemos apontar o Código Civil austríaco (1811, que em seu art. 7º os denomina “princípios de Direito natural”); o Código Civil Albertino (1837, que em seu art. 15 emprega a seguinte fórmula: “princípios de Direito concernentes a todas às circunstâncias do caso”); o Código Civil Italiano (1865, que emprega em seu art. 3º, § 2º a expressão “*principi generali di diritto*”); pelo Código Civil Argentino (1869); pelo Código Civil Uruguaio (1914); e pelo direito brasileiro, na antiga Introdução ao Código Civil (1916), que adotou a denominação “princípios gerais de direito”, mantida na atual Lei de Introdução ao Código Civil (1942).

25 NORBERTO BOBBIO (Op. Cit. p. 890-1), um dos maiores expoentes do positivismo, conceitua princípios de Direito como sendo “normas fundamentais do sistema (sem aqueles, este não se sustentaria em uma sociedade),

Pela ótica Pós-positivista, por fim, os princípios integram a estrutura do sistema normativo, conquanto sejam desprovidos de natureza normativa. Mesmo não se tratando de normas, os princípios de direito teriam a função de lhes conferir coesão, exercendo a função, na terminologia de Larenz²⁶, de pautas diretivas de normação jurídica.

No Brasil despontam sob o prisma pós-positivista os conceitos de princípios propostos por Bandeira de Mello e por Tércio Sampaio Ferraz Jr. A natureza normativa é, de imediato, afastada por este último: “tratam-se não de normas, mas de *princípios*. Ou seja, não são elementos do *repertório* do sistema, mas fazem parte de suas *regras estruturais*, dizem respeito à relação entre as normas no sistema, ao qual conferem coesão”²⁷.

Não menos precisa, a elegante proposição de Celso A. Bandeira de Mello considera o princípio de direito como sendo o “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”²⁸.

Tomando-se como ponto de partida as correntes doutrinárias acima mencionadas, constata-se facilmente que a previsão dos princípios de direito enquanto fonte supletiva ao legislador no art. 4º da LICC corresponde à concepção jusnaturalista de Direito, atualmente considerada ultrapassada. Com efeito, tem prevalecido de um modo geral a visão positivista e, em grau cada vez mais acentuado, a concepção pós-positivista, nas quais os princípios assumem papel de primazia sobre as demais normas, tendo natureza cogente.

mais genéricas, de caráter diretivo (indicam um ideário ético-político ao qual o sistema aspira) indefinidas (comportam uma série também indefinida de aplicações) e indiretas (determinam o conteúdo de outras normas)”.

26 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*.

27 FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 223-4.

28 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 408-9.

é de vital importância, pois possibilitará não apenas determinar a legislação aplicável, mas, por vezes, fixar o foro competente.

3 Princípios de Direito e Princípios de Direito do Consumidor

3.1 Noção de Princípios de Direito

A problemática dos Princípios de Direito foi magnificamente sintetizada por Norberto Bobbio em torno de três questões, cujas respostas assumirão contornos completamente diversos, consoante a escola de pensamento a que se filie o intérprete da lei: 1^a- os princípios gerais são normas jurídicas? 2^a- originam-se dentro ou fora do sistema? 3^a- qual a autoridade de que são investidos diante das outras normas do sistema?²³

Consoante a teoria Jusnaturalista, princípios de direito não são normas. Tendo sua origem no Direito Natural, estariam eles situados em um plano superior, fora do sistema normativo, sendo passíveis de aplicação meramente supletiva, na medida em que houvesse omissão legislativa²⁴.

A doutrina Positivista, por sua vez, assevera que princípios de direito são normas. Tendo sua origem no sistema, diferenciar-se-iam das demais normas – denominadas regras – pela sua natureza mais genérica e indefinida, bem como por seu caráter diretivo²⁵.

23 BOBBIO, Norberto. *Principi Generali di Diritto*. In: *NOVISSIMO Digesto Italiano*, v. 13.

24 Um dos maiores expoentes do jusnaturalismo foi Giorgio DEL VECCHIO (DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*, p. 380), que assim os conceitua: “os princípios gerais do Direito são as próprias exigências naturais do Direito que, introduzidas pela reflexão filosófica consoante uma tradição ininterrupta, tendem cada vez mais à busca de esclarecimento. Tais exigências formam um subsídio e um guia para sua compreensão e representam a fonte a que se deve recorrer quando de casos não contemplados de fato pelo legislador”. Dentre as legislações de inspiração jusnaturalista, podemos apontar o Código Civil austríaco (1811, que em seu art. 7º os denomina “princípios de Direito natural”); o Código Civil Albertino (1837, que em seu art. 15 emprega a seguinte fórmula: “princípios de Direito concernentes a todas às circunstâncias do caso”); o Código Civil Italiano (1865, que emprega em seu art. 3º, § 2º a expressão “*principi generali di diritto*”); pelo Código Civil Argentino (1869); pelo Código Civil Uruguaio (1914); e pelo direito brasileiro, na antiga Introdução ao Código Civil (1916), que adotou a denominação “princípios gerais de direito”, mantida na atual Lei de Introdução ao Código Civil (1942).

25 NORBERTO BOBBIO (Op. Cit. p. 890-1), um dos maiores expoentes do positivismo, conceitua princípios de Direito como sendo “normas fundamentais do sistema (sem aqueles, este não se sustentaria em uma sociedade).

Pela ótica Pós-positivista, por fim, os princípios integram a estrutura do sistema normativo, conquanto sejam desprovidos de natureza normativa. Mesmo não se tratando de normas, os princípios de direito teriam a função de lhes conferir coesão, exercendo a função, na terminologia de Larenz²⁶, de pautas diretivas de normação jurídica.

No Brasil despontam sob o prisma pós-positivista os conceitos de princípios propostos por Bandeira de Mello e por Tércio Sampaio Ferraz Jr. A natureza normativa é, de imediato, afastada por este último: “tratam-se não de normas, mas de *princípios*. Ou seja, não são elementos do *repertório* do sistema, mas fazem parte de suas *regras estruturais*, dizem respeito à relação entre as normas no sistema, ao qual conferem coesão”²⁷.

Não menos precisa, a elegante proposição de Celso A. Bandeira de Mello considera o princípio de direito como sendo o “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”²⁸.

Tomando-se como ponto de partida as correntes doutrinárias acima mencionadas, constata-se facilmente que a previsão dos princípios de direito enquanto fonte supletiva ao legislador no art. 4º da LICC corresponde à concepção jusnaturalista de Direito, atualmente considerada ultrapassada. Com efeito, tem prevalecido de um modo geral a visão positivista e, em grau cada vez mais acentuado, a concepção pós-positivista, nas quais os princípios assumem papel de primazia sobre as demais normas, tendo natureza cogente.

mais genéricas, de caráter diretivo (indicam um ideário ético-político ao qual o sistema aspira) indefinidas (comportam uma série também indefinida de aplicações) e indiretas (determinam o conteúdo de outras normas)”.
26 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*.

27 FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 223-4.

28 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 408-9.

3.2 Princípios de Direito do Consumidor

A legislação brasileira disciplinando as relações de consumo está consubstanciada basicamente na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, denominado “Código de Defesa do Consumidor”, que “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”.

Ao contrário do ocorrido com outros tantos diplomas existentes na legislação comparada – como o *Code de la Consommation* francês, mera compilação de textos legais procedida por determinação da então Ministra do Consumo – o C.D.C. brasileiro decorre de vontade expressa manifestada pela Assembléia Nacional Constituinte no sentido de ser realizado efetivo trabalho de codificação dispondo de modo abrangente sobre a matéria.

A Constituição Federal, com efeito, aborda sob enfoques diversos a proteção ao consumidor em três passagens distintas, a primeira das quais no vasto rol de direitos fundamentais (art. 5º, XXXII, da C.F. de 1988). É ela igualmente mencionada em meio aos princípios gerais da atividade econômica, constantes do capítulo I, do Título VII, que trata da ordem econômica e financeira (art. 170, V, da Constituição Federal). O tema foi ainda objeto do artigo 48 das Disposições Transitórias, no qual ficou previsto que o Congresso, no prazo de cento e vinte dias contados da promulgação da Constituição, elaboraria um Código de Defesa do Consumidor.

A defesa do consumidor deve, pois, ser considerada como Princípio Normativo Fundamental Expresso na Constituição.

Seu caráter “fundamental” advém, por um lado, da circunstância de não estar lastreado em princípios ou normas de caráter axiológico que lhe sejam superiores; por outro, do fato de, ao mesmo tempo, direcionar, inspirar e servir de fundamento axiológico para as normas que integram o sistema²⁹.

29 “Si dicono fondamentali quelle norme che danno fondamento assiologico ad altre norme, senza essere a loro volta fondate su norme assiologicamente superiori”. (GUASTINI, Riccardo. Norma giuridica (tipi e classificazioni). In DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile, v. XII, p. 161).

Trata-se, ainda, de princípio expresso da Constituição, na medida em que vem formulado explicitamente em dispositivo constitucional, podendo ser obtido mediante emprego de simples hermenêutica³⁰. Observe-se que para que seja reconhecida a qualidade de expresso a um princípio, é irrelevante o fato de vir ou não ele sob a rubrica formal de “princípio de Direito” para ser como tal considerado, bastando, portanto, possa ser encontrado em dispositivo específico do corpo normativo.

É com supedâneo em tal princípio fundamental de defesa do Consumidor, que inúmeros outros princípios são passíveis de serem obtidos no sistema normativo infraconstitucional. Por serem destinados à implementação de mencionado princípio constitucional e dele obter sua força normativa, optamos denominá-los “princípios decorrentes”, “princípios derivados” ou “princípios imanentes”.

Tais princípios de Direito do Consumidor serão princípios decorrentes expressos se corresponderem a elementos aglutinadores do microsistema do Consumidor, de caráter genérico e diretivo, e forem estatuídos de modo explícito em sede infraconstitucional³¹.

Terão, contudo, natureza implícita se, apesar de não virem formalmente explicitados no microsistema do Consumidor, mantiverem sua função de elementos de aglutinação, retirando contudo sua força imperativa do fato de decorrerem de outros princípios expressos ou do próprio sistema positivo. Sendo basicamente construídos pelo intérpre-

30 “Sono principi espressi quelli che sono esplicitamente formulati in una apposita disposizioni costituzionale o legislativa, dalla quale possono essere ricavati (come qualsiasi altra norma) mediante interpretazioni”. (GUASTINI, Riccardo. Principi di Diritto. In: DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile, v. XIV, p. 367).

31 Cumpre ressaltar que, embora tais princípios expressem (a exemplo daqueles contidos na Constituição) diretrizes jurídicas com notável carga política, e venham imbuídos de marcante opção ideológica, não entendemos possam eles receber o mesmo denominativo de “fundamentais” na medida em que são meros desdobramentos daqueles inscritos no texto constitucional, sobre eles fundando-se. Por essa razão cremos perigosa a importação, pelo direito material, de alguns conceitos adotados pelos estudiosos do direito processual, ciência que ganhou sua autonomia em grande parte dada a noção do processo como ramo da ciência dotado de princípios próprios. Os processualistas ao encamparem a célebre classificação de Mancini que contrapõe “princípios fundamentais” aos ditos “princípios informativos”, obviamente não emprestaram ao atributo “fundamental” a mesma conotação por nós acima empregada e tampouco se valeram da denominação “instrumental” como oposição a “programático” (GRASSI NETO, Roberto. *Princípios de Direito do Consumidor: elementos para uma Teoria Geral*, p. 78-9).

te³², os princípios implícitos podem, pois, ser extraídos de elementos “fragmentados”, contidos em disposições diversas e elaborados indutivamente³³.

Considerando as peculiaridades das relações de consumo, os Princípios de Direito do Consumidor por nós qualificados como “decorrentes” podem ser organizados de modo sistemático em sete grupos, obedecendo, para tanto, critério que mescla a afinidade dos temas entre si com parâmetros cronológicos no natural evoluir da relação de consumo. Por fugir à natureza do presente trabalho, limitamo-nos a esboçar abaixo a proposta de classificação, deixando sua análise minudenciada para estudo específico sobre o tema.

1) *Princípios Gerais pertinentes à fase anterior à formação do contrato nas relações de consumo*: tutela aos direitos extrapatrimoniais do consumidor; precaução; harmonização dos interesses dos participantes nas relações de consumo; compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico; adequação dos serviços às necessidades de seus destinatários;

2) *Princípio da adequação dos serviços públicos e respectivos sub-princípios específicos pertinentes à fase anterior à formação do contrato de prestação de serviços públicos*: universalização, eficiência, segurança, continuidade, atualidade (melhoria) e cortesia;

3) *Princípios gerais pertinentes à fase de formalização do vínculo contratual nas relações de consumo*: vulnerabilidade do consumidor; tutela à vulnerabilidade qualificada pela hipossuficiência; igualdade real nos contratos; relatividade da autonomia da vontade; boa-fé objetiva; transparência;

32 Segundo GUASTINI - que observa ser a expressão “*privi di disposizione*” de Crisafulli (*Lezioni di diritto costituzionale. Il. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La corte costituzionale*, 1984) - “*principi inespressi*” são aqueles “*non esplicitamente formulati in alcuna disposizione costituzionale o legislativa, ma elaborati o costruiti dagli interpreti*”. (Riccardo GUASTINI. *Principi* ..., p. 367).

33 GUIDO ALPA, *Principi generali*. In: DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile, v. XIV, p. 362. Observe-se que mencionado autor fala em “reconstruídos”, empregando, com todo respeito, uma prótese verbal inadequada. Se o princípio é implícito, a ele se chega mediante um processo lógico de elaboração, de “construção”. Para falarmos em “reconstrução”, teríamos que partir da ficção de que o legislador elaborou um princípio expresso para, em seguida, dispersá-lo, implicitamente, numa multiplicidade fragmentária.

vinculação contratual; proibição de estipulação de cláusulas abusivas; proibição da adoção de práticas abusivas;

4) *Princípios referentes à publicidade nas relações de consumo*: duplo controle da publicidade (administrativo e judicial); identificação de sua natureza; veracidade; vedação à publicidade abusiva; vinculação contratual pela publicidade; correção ao desvio publicitário;

5) *Princípios gerais pertinentes ao adimplemento das relações de consumo*: boa-fé objetiva; interpretação das cláusulas contratuais no sentido mais favorável ao consumidor; conservação do contrato; retratabilidade nos contratos; reparação integral pelo dano causado; responsabilidade objetiva, de regra, como norma de ordem pública nas relações de consumo; solidariedade legal entre os causadores de dano ao consumidor; responsabilidade subjetiva em casos específicos de relações de consumo; desconsideração da personalidade jurídica;

6) *Princípios de direito processual nas relações de consumo*: A) facilitação, ao consumidor, na defesa de seus direitos mediante: a) acesso simplificado à justiça e aos órgãos de administração; b) inversão incondicionada dos ônus da prova, quanto à correção e à veracidade em matéria publicitária; c) inversão condicionada dos ônus da prova, presentes conjunturas de verossimilhança ou hipossuficiência; B) coexistência das tutelas individual e coletiva do consumidor;

7) *Princípios relativos à aplicação da lei nas relações de consumo*: cogência; incidência intertemporal; subsidiariedade do direito comum em relação ao microsistema normativo do consumidor.

3.3 Hierarquia dos Princípios no microsistema normativo do consumidor

Superada a conceituação dos princípios e respectiva relevância, bem como a polêmica sobre serem eles ou não normas, resta problema relativo à extensão de sua imperatividade no seio do sistema jurídico.

Independentemente de desempenharem a função de elemento aglutinador do sistema ou de serem considerados normas genéricas de caráter “diretivo”, fato é que os “Princípios de Direito” impõem-se imperativamente, não mais sendo aceitável a idéia de sua utilização com caráter meramente subsidiário, quando da ocorrência de “lacuna”.

Conquanto possa parecer paradoxal, o problema que ora se apresenta oferece particular relevância atual na realidade de países contemporâneos, nos quais a questão da eficácia dos princípios dentro do sistema normativo pode por vezes transbordar os limites dos campos da doutrina e da jurisprudência aplicada ao caso concreto, servindo antes como verdadeiro limite à atividade do legislador ordinário.

Cláudia Lima Marques, de modo ilustrativo, levanta a questão — sem, porém, dar resposta peremptória — ao indagar, com propriedade, se determinado princípio legal, por ser intrínseco ao sistema jurídico, seria passível de revogação por meio de simples norma ordinária: “podem normas legais, elaboradas sob o interesse de determinados grupos econômicos e agentes no mercado, realmente autorizar a atuação conforme a má-fé objetiva, na esperança de prejudicar o co-contratante que, por exemplo, esquecerá de inscrever seu filho exatamente um mês antes do nascimento ou simplesmente não poderá fazê-lo por acaso da natureza? Basta estipular por lei um caso de abuso do direito e este potencial abusivo desaparece, tomando-se jurídica a atuação objetivamente abusiva? Será possível submeter o Judiciário e os aplicadores da lei a dar aplicação e eficácia a estas novas normas legais, mesmo se contrárias aos

princípios de nosso sistema, aos próprios princípios constitucionais da atividade econômica (art. 170 CF/88) e aos direitos básicos do cidadão (art. 5º, XXXII, CF/88)?”³⁴.

A respeito do tema é lapidar o entendimento de MELLO no sentido de ser o desrespeito ao princípio “a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, consoante o escalão do princípio atingido, exatamente por representar insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada”³⁵.

Pretensão legislativa ordinária que restrinja direito do consumidor, ainda que sob o pretexto de relevante interesse público, deve, pois, repugnar à consciência jurídica, em razão da interação existente entre normas constitucionais e preceitos da Lei de Defesa do Consumidor; tal repugnância será ainda maior se a providência vier *ex post facto* e por medida provisória, destinada a atender interesses específicos, nem sempre especificados³⁶.

Por tal razão, correta a tese sustentando que o legislador ordinário pode apenas ampliar direitos previstos na Constituição Federal e na Lei de Defesa do Consumidor e nunca restringi-los.

O tema pareceria óbvio não fora o posicionamento do Colendo Supremo Tribunal Federal que, ao respaldar o teor de Medida Provisória do Executivo Federal — ainda em vigor por força da EMC 32, de 11/09/2001 — prevendo a possibilidade de cortes de energia, quando da crise ocorrida nos anos de 2001 e 2002, deixou de reconhecer, em essência, gravíssimas lesões aos direitos dos consumidores brasileiros em sua condição de usuários da energia elétrica para a produção de bens e utilização doméstica.

34 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 637-8.

35 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 408-9.

36 GRASSI NETO, Roberto. *Princípios de Direito do Consumidor: Elementos para uma Teoria Geral*, p. 220.

3.3 Hierarquia dos Princípios no microsistema normativo do consumidor

Superada a conceituação dos princípios e respectiva relevância, bem como a polêmica sobre serem eles ou não normas, resta problema relativo à extensão de sua imperatividade no seio do sistema jurídico.

Independentemente de desempenharem a função de elemento aglutinador do sistema ou de serem considerados normas genéricas de caráter “diretivo”, fato é que os “Princípios de Direito” impõem-se imperativamente, não mais sendo aceitável a idéia de sua utilização com caráter meramente subsidiário, quando da ocorrência de “lacuna”.

Conquanto possa parecer paradoxal, o problema que ora se apresenta oferece particular relevância atual na realidade de países contemporâneos, nos quais a questão da eficácia dos princípios dentro do sistema normativo pode por vezes transbordar os limites dos campos da doutrina e da jurisprudência aplicada ao caso concreto, servindo antes como verdadeiro limite à atividade do legislador ordinário.

Cláudia Lima Marques, de modo ilustrativo, levanta a questão — sem, porém, dar resposta peremptória — ao indagar, com propriedade, se determinado princípio legal, por ser intrínseco ao sistema jurídico, seria passível de revogação por meio de simples norma ordinária: “podem normas legais, elaboradas sob o interesse de determinados grupos econômicos e agentes no mercado, realmente autorizar a atuação conforme a má-fé objetiva, na esperança de prejudicar o co-contratante que, por exemplo, esquecerá de inscrever seu filho exatamente um mês antes do nascimento ou simplesmente não poderá fazê-lo por acaso da natureza? Basta estipular por lei um caso de abuso do direito e este potencial abusivo desaparece, tomando-se jurídica a atuação objetivamente abusiva? Será possível submeter o Judiciário e os aplicadores da lei a dar aplicação e eficácia a estas novas normas legais, mesmo se contrárias aos

princípios de nosso sistema, aos próprios princípios constitucionais da atividade econômica (art. 170 CF/88) e aos direitos básicos do cidadão (art. 5º, XXXII, CF/88)?”³⁴.

A respeito do tema é lapidar o entendimento de MELLO no sentido de ser o desrespeito ao princípio “a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, consoante o escalão do princípio atingido, exatamente por representar insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada”³⁵.

Pretensão legislativa ordinária que restrinja direito do consumidor, ainda que sob o pretexto de relevante interesse público, deve, pois, repugnar à consciência jurídica, em razão da interação existente entre normas constitucionais e preceitos da Lei de Defesa do Consumidor; tal repugnância será ainda maior se a providência vier *ex post facto* e por medida provisória, destinada a atender interesses específicos, nem sempre especificados³⁶.

Por tal razão, correta a tese sustentando que o legislador ordinário pode apenas ampliar direitos previstos na Constituição Federal e na Lei de Defesa do Consumidor e nunca restringi-los.

O tema pareceria óbvio não fora o posicionamento do Colendo Supremo Tribunal Federal que, ao respaldar o teor de Medida Provisória do Executivo Federal — ainda em vigor por força da EMC 32, de 11/09/2001 — prevendo a possibilidade de cortes de energia, quando da crise ocorrida nos anos de 2001 e 2002, deixou de reconhecer, em essência, gravíssimas lesões aos direitos dos consumidores brasileiros em sua condição de usuários da energia elétrica para a produção de bens e utilização doméstica.

34 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 637-8.

35 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 408-9.

36 GRASSI NETO, Roberto. *Princípios de Direito do Consumidor*: Elementos para uma Teoria Geral, p. 220.

Conquanto simplista, não há como ser questionado o pragmatismo irônico do raciocínio segundo o qual “acórdão não produz energia elétrica”, ou de que a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor não têm o condão de produzir serviços públicos. Isso não significa, porém, deixem eles de incidir para fazer prevalecer o direito à reparação dos danos, tanto em termos de reintegrar interesses vulnerados como de sancionar ações ou omissões lesivas perpetradas pelo governo, ao qual não há como legítima ou moralmente reconhecer-se unilateral auto-concessão de verdadeiro *bill* de indenidade.

Exemplo mais recente de desrespeito à proteção do consumidor deu-se com a conversão em lei (Lei nº 11.092/2005) de nova Medida Provisória que, alterando a Lei nº 10.814/2003, estabeleceu, ao arrepio do princípio da precaução, novas normas autorizando a comercialização da safra 2005 de soja geneticamente modificada, como se fosse satisfatória ao consumidor a previsão (art. 5º) de responsabilidade objetiva e solidária dos produtores de soja geneticamente modificada por danos eventualmente causados ao meio ambiente e a terceiros, inclusive quando decorrentes de contaminação por cruzamento, pela indenização ou reparação integral do dano, independentemente da existência de culpa.

Não se concebe seja o princípio da supremacia da proteção ao consumidor colocado em plano terciário ou, pior, simplesmente ignorado.

4 A Responsabilidade Civil nas relações de consumo

Outra particularidade das relações de consumo consiste na ótica inovadora que se emprestou à matéria no âmbito da responsabilidade civil.

Prevendo ser a responsabilidade dos diversos fornecedores do produto de consumo objetiva e solidária, enquanto regra, o legislador do CDC propôs sistema classificatório peculiar, no qual dispôs dar-

se ela em duas situações: a) em ocorrendo o denominado “Vício do Produto ou do Serviço”, ou; b) em existindo eventual “Fato do Produto ou do Serviço”.

4.1 Natureza jurídica

Poucas questões suscitaram ao longo dos tempos tantos debates quanto a da busca de fundamento jurídico para a idéia de responsabilidade civil por danos causados a outrem. Quando, após terem sido engendradas soluções as mais díspares, já se cristalizava o entendimento de atrelar-se a noção de culpa à de responsabilidade, o aceleração da dinâmica das relações jurídicas impôs fossem concebidos novos paradigmas para atender aos anseios da sociedade na busca de respostas às questões que surgiam, dentre as quais as inerentes às relações de consumo³⁷.

A noção de culpa, introduzida no direito moderno por intermédio das obras de Domat e de Pothier, fora erigida a pressuposto da responsabilidade civil pelo artigo 1382 do *Code Civil* de 1804, fonte de inspiração do artigo 159 do Código Civil brasileiro de 1916, dispositivo mantido praticamente sem alterações no novo texto de 2002.

A realidade imposta em especial pela industrialização e pela modernização dos meios de transporte coletivo, porém, revelou a insuficiência da doutrina da culpa para solucionar novas situações que surgiam, dentre as quais o inevitável aumento do número de acidentes. Estudiosos franceses chegaram a propor soluções baseadas na adoção da idéia

37 Nos povos primitivos a idéia de responsabilidade por dano que eventualmente viesse a ser praticado vinha invariavelmente dissociada da noção de culpa. Constatado o evento, a idéia retributiva de justiça levava o lesado ao emprego da força, para obter antes vingança do que reparação. Conquanto inexistia consenso a esse respeito, o texto mais antigo de que se tem notícia a mencionar a culpa como elemento relevante na indenização por danos eventualmente suportados é a *Lex Aquilia de damno*, de 286 a.C. Buscava-se então, pelo aumento dos já amplos poderes atribuídos ao pretor e pelo banimento do sistema de tarifas fixas, corrigir as distorções decorrentes do sistema de penas pecuniárias que havia sido introduzido pela Lei das XII Tábuas (452 a.C.). A denominada “Teoria da Culpa” foi, não obstante, estruturada muito depois, na *summa divisio* de JUSTINIANO que, apesar de manter a responsabilidade objetiva nas indenizações decorrentes da prática dos denominados quase-delitos, instituiu a noção de graus de culpa e de culpa por omissão

Conquanto simplista, não há como ser questionado o pragmatismo irônico do raciocínio segundo o qual “acórdão não produz energia elétrica”, ou de que a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor não têm o condão de produzir serviços públicos. Isso não significa, porém, deixem eles de incidir para fazer prevalecer o direito à reparação dos danos, tanto em termos de reintegrar interesses vulnerados como de sancionar ações ou omissões lesivas perpetradas pelo governo, ao qual não há como legítima ou moralmente reconhecer-se unilateral auto-concessão de verdadeiro *bill* de indenidade.

Exemplo mais recente de desrespeito à proteção do consumidor deu-se com a conversão em lei (Lei nº 11.092/2005) de nova Medida Provisória que, alterando a Lei nº 10.814/2003, estabeleceu, ao arrepio do princípio da precaução, novas normas autorizando a comercialização da safra 2005 de soja geneticamente modificada, como se fosse satisfatória ao consumidor a previsão (art. 5º) de responsabilidade objetiva e solidária dos produtores de soja geneticamente modificada por danos eventualmente causados ao meio ambiente e a terceiros, inclusive quando decorrentes de contaminação por cruzamento, pela indenização ou reparação integral do dano, independentemente da existência de culpa.

Não se concebe seja o princípio da supremacia da proteção ao consumidor colocado em plano terciário ou, pior, simplesmente ignorado.

4 A Responsabilidade Civil nas relações de consumo

Outra particularidade das relações de consumo consiste na ótica inovadora que se emprestou à matéria no âmbito da responsabilidade civil.

Prevendo ser a responsabilidade dos diversos fornecedores do produto de consumo objetiva e solidária, enquanto regra, o legislador do CDC propôs sistema classificatório peculiar, no qual dispôs dar-

se ela em duas situações: a) em ocorrendo o denominado “Vício do Produto ou do Serviço”, ou; b) em existindo eventual “Fato do Produto ou do Serviço”.

4.1 Natureza jurídica

Poucas questões suscitaram ao longo dos tempos tantos debates quanto a da busca de fundamento jurídico para a idéia de responsabilidade civil por danos causados a outrem. Quando, após terem sido engendradas soluções as mais díspares, já se cristalizava o entendimento de atrelar-se a noção de culpa à de responsabilidade, o aceleração da dinâmica das relações jurídicas impôs fossem concebidos novos paradigmas para atender aos anseios da sociedade na busca de respostas às questões que surgiam, dentre as quais as inerentes às relações de consumo³⁷.

A noção de culpa, introduzida no direito moderno por intermédio das obras de Domat e de Pothier, fora erigida a pressuposto da responsabilidade civil pelo artigo 1382 do *Code Civil* de 1804, fonte de inspiração do artigo 159 do Código Civil brasileiro de 1916, dispositivo mantido praticamente sem alterações no novo texto de 2002.

A realidade imposta em especial pela industrialização e pela modernização dos meios de transporte coletivo, porém, revelou a insuficiência da doutrina da culpa para solucionar novas situações que surgiam, dentre as quais o inevitável aumento do número de acidentes. Estudiosos franceses chegaram a propor soluções baseadas na adoção da idéia

³⁷ Nos povos primitivos a idéia de responsabilidade por dano que eventualmente viesse a ser praticado vinha invariavelmente dissociada da noção de culpa. Constatado o evento, a idéia retributiva de justiça levava o lesado ao emprego da força, para obter antes vingança do que reparação. Conquanto inexistia consenso a esse respeito, o texto mais antigo de que se tem notícia a mencionar a culpa como elemento relevante na indenização por danos eventualmente suportados é a *Lex Aquilia de damno*, de 286 a.C. Buscava-se então, pelo aumento dos já amplos poderes atribuídos ao pretor e pelo banimento do sistema de tarifas fixas, corrigir as distorções decorrentes do sistema de penas pecuniárias que havia sido introduzido pela Lei das XII Tábuas (452 a.C.). A denominada “Teoria da Culpa” foi, não obstante, estruturada muito depois, na *summa divisio* de JUSTINIANO que, apesar de manter a responsabilidade objetiva nas indenizações decorrentes da prática dos denominados quase-delitos, instituiu a noção de grau de culpa e de culpa por omissão

Conquanto simplista, não há como ser questionado o pragmatismo irônico do raciocínio segundo o qual “acórdão não produz energia elétrica”, ou de que a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor não têm o condão de produzir serviços públicos. Isso não significa, porém, deixem eles de incidir para fazer prevalecer o direito à reparação dos danos, tanto em termos de reintegrar interesses vulnerados como de sancionar ações ou omissões lesivas perpetradas pelo governo, ao qual não há como legítima ou moralmente reconhecer-se unilateral auto-concessão de verdadeiro *bill* de indenidade.

Exemplo mais recente de desrespeito à proteção do consumidor deu-se com a conversão em lei (Lei nº 11.092/2005) de nova Medida Provisória que, alterando a Lei nº 10.814/2003, estabeleceu, ao arrepio do princípio da precaução, novas normas autorizando a comercialização da safra 2005 de soja geneticamente modificada, como se fosse satisfatória ao consumidor a previsão (art. 5º) de responsabilidade objetiva e solidária dos produtores de soja geneticamente modificada por danos eventualmente causados ao meio ambiente e a terceiros, inclusive quando decorrentes de contaminação por cruzamento, pela indenização ou reparação integral do dano, independentemente da existência de culpa.

Não se concebe seja o princípio da supremacia da proteção ao consumidor colocado em plano terciário ou, pior, simplesmente ignorado.

4 A Responsabilidade Civil nas relações de consumo

Outra particularidade das relações de consumo consiste na ótica inovadora que se emprestou à matéria no âmbito da responsabilidade civil.

Prevendo ser a responsabilidade dos diversos fornecedores do produto de consumo objetiva e solidária, enquanto regra, o legislador do CDC propôs sistema classificatório peculiar, no qual dispôs dar-

se ela em duas situações: a) em ocorrendo o denominado “Vício do Produto ou do Serviço”, ou; b) em existindo eventual “Fato do Produto ou do Serviço”.

4.1 Natureza jurídica

Poucas questões suscitaram ao longo dos tempos tantos debates quanto a da busca de fundamento jurídico para a idéia de responsabilidade civil por danos causados a outrem. Quando, após terem sido engendradas soluções as mais díspares, já se cristalizava o entendimento de atrelar-se a noção de culpa à de responsabilidade, o aceleração da dinâmica das relações jurídicas impôs fossem concebidos novos paradigmas para atender aos anseios da sociedade na busca de respostas às questões que surgiam, dentre as quais as inerentes às relações de consumo³⁷.

A noção de culpa, introduzida no direito moderno por intermédio das obras de Domat e de Pothier, fora erigida a pressuposto da responsabilidade civil pelo artigo 1382 do *Code Civil* de 1804, fonte de inspiração do artigo 159 do Código Civil brasileiro de 1916, dispositivo mantido praticamente sem alterações no novo texto de 2002.

A realidade imposta em especial pela industrialização e pela modernização dos meios de transporte coletivo, porém, revelou a insuficiência da doutrina da culpa para solucionar novas situações que surgiam, dentre as quais o inevitável aumento do número de acidentes. Estudiosos franceses chegaram a propor soluções baseadas na adoção da idéia

³⁷ Nos povos primitivos a idéia de responsabilidade por dano que eventualmente viesse a ser praticado vinha invariavelmente dissociada da noção de culpa. Constatado o evento, a idéia retributiva de justiça levava o lesado ao emprego da força, para obter antes vingança do que reparação. Conquanto inexistia consenso a esse respeito, o texto mais antigo de que se tem notícia a mencionar a culpa como elemento relevante na indenização por danos eventualmente suportados é a *Lex Aquilia de damno*, de 286 a.C. Buscava-se então, pelo aumento dos já amplos poderes atribuídos ao pretor e pelo banimento do sistema de tarifas fixas, corrigir as distorções decorrentes do sistema de penas pecuniárias que havia sido introduzido pela Lei das XII Tábuas (452 a.C.). A denominada “Teoria da Culpa” foi, não obstante, estruturada muito depois, na *summa divisio* de JUSTINIANO que, apesar de manter a responsabilidade objetiva nas indenizações decorrentes da prática dos denominados quase-delitos, instituiu a noção de graus de culpa e de culpa por omissão

de presunção de culpa que, posteriormente cedeu lugar à denominada doutrina francesa da responsabilidade objetiva, erigida por Salleilles e por Josserand, que parte da idéia de que esta ocorre *ope legis*.

A concepção da responsabilidade independentemente de culpa evoluiu; passou a ser lastreada na concepção de risco da atividade, opção que veio a se firmar como sendo a mais adequada a diversos segmentos do Direito, tais como a responsabilidade por danos ambientais, inclusive nucleares, e a maioria dos danos advindos por fato do produto ou defeito do serviço nas relações de consumo.

Acreditava-se a princípio que o aumento da concorrência, que adviria do incremento da atividade industrial característico do século XX, regularia por si só o mercado, de forma a proporcionar o surgimento de produtos de melhor qualidade e a preços mais acessíveis.

A realidade mostrou-se, contudo, diversa: o consumidor, que deveria ser o beneficiário das preocupações do setor produtivo, paradoxalmente havia se tornado vítima diante dos produtores e fornecedores, dada sua fragilidade nas relações jurídicas.

Foi diante de tal conjuntura de flagrante vulnerabilidade – que se torna ainda mais patente se considerarmos o avanço tecnológico e a complexidade de informações concernentes aos novos produtos e serviços que ingressam no mercado – que o legislador brasileiro de 1990 exerceu sua opção, de inspiração nitidamente moral, ao adotar como cláusula geral a responsabilidade civil lastreada na teoria do risco da atividade profissional, visando proporcionar reparação de caráter efetivo e a defesa eficiente de interesses relevantes para a sociedade.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor prevê em seu artigo 12 ser de natureza objetiva e solidária a responsabilidade pelos danos causados aos consumidores por fato do produto, nela incidindo o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador, se os danos forem causados por defeitos decorrentes de projeto,

fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos; responsabilidade existirá ainda se os danos forem resultantes da insuficiência ou inadequação das informações disponibilizadas sobre sua utilização e riscos.

O fornecedor de serviços, de igual modo, é objetivamente responsável por eventuais danos causados aos consumidores por defeitos relativos à sua prestação, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

A natureza cogente da norma que prevê a responsabilidade objetiva por fato do produto ou do serviço é, por sua vez, confirmada na vedação às partes quanto à inclusão de estipulação contratual que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar, tais como as denominadas “cláusulas de não-indenizar” (art. 25 do CDC).

A legislação brasileira do consumidor adotou a responsabilidade subjetiva como exceção à regra contida na cláusula geral de responsabilidade de natureza objetiva, sendo cabível tão somente em hipóteses específicas relativas à responsabilidade do profissional liberal, às das sociedades coligadas, dos veículos de comunicação, além daquelas advindas de fato de terceiro.

4.2 Responsabilidade por vício do produto e por vício do serviço

A doutrina procura estabelecer a distinção entre defeito e vício³⁸; as expressões “vício do produto” ou “vício do serviço” viriam sempre atreladas à idéia de inadequação de mencionado produto ou serviço ao fim a que se destinam, estando disciplinadas no CDC nos artigos 18

³⁸ Alguns estudiosos, como Zelmo Denari, porém, têm o entendimento de que as expressões guardariam sinonímia.

a 25 sob a denominação genérica: “Responsabilidade por Vícios”³⁹; “defeito”, por sua vez, seria o vocábulo genericamente empregado para designar situação na qual adviesse fato decorrente de tal inadequação.

Vício de adequação de um produto corresponde à alteração de qualidade, de quantidade ou à supressão de informação à ele inerente, que acarrete sua desconformidade à sua natural serventia ou prestabilidade, deixando de corresponder à expectativa legítima do consumidor quanto à possibilidade de sua fruição.

A inadequação do serviço⁴⁰, por sua vez, decorre da não obtenção da finalidade que motivou a aquisição da atividade fornecida mediante remuneração, tornando-se implícita a qualquer relação de consumo dessa natureza a norma genérica de garantia de prestabilidade do serviço⁴¹.

Os vícios do produto podem ser, pois, de qualidade⁴², de quantidade⁴³, ou de informação⁴⁴. Os vícios do serviço, por sua vez, poderão ser apenas de qualidade ou de informação⁴⁵.

A existência de vício de qualidade do produto dá ao consumidor o direito de exigir a substituição das partes viciadas no prazo de trinta dias⁴⁶, que, se não for atendido, lhe abrirá a possibilidade de exigir, alter-

nativamente e à sua escolha: a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; o abatimento proporcional do preço (art. 18 do CDC). Em se tratando de vício de quantidade, porém, as opções abertas ao consumidor são de estimativa do produto (art. 19, I, do CDC); de complementação de seu peso ou de sua medida (art. 19, II, do CDC); de sua troca (art. 19, III, do CDC); ou de sua redibição (art. 19, IV, do CDC).

Em se tratando de vício do serviço caberá ao consumidor optar entre a reexecução dos serviços (ainda que por terceiro, sem custo adicional e quando cabível, nos termos do art. 20, I, do CDC), a restituição imediata da quantia paga (monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, consoante previsão do art. 20, II, do CDC) e o abatimento proporcional do preço (art. 20, III, do CDC).

4.3 Responsabilidade por fato do produto ou por fato do serviço

A responsabilidade por danos nas relações de consumo, também denominada de responsabilidade por fato do produto ou por fato do serviço, decorre da propagação do vício de qualidade ou de informação, que assume proporções que extrapolam o âmbito do prejuízo inerente ao próprio produto ou serviço, podendo alcançar tanto o consumidor em sentido estrito, como terceiros que, por serem vítimas do evento, acabam sendo a ele equiparados.

A responsabilidade por fato do produto ou por fato do serviço pressupõe a presença simultânea dos elementos seguintes: defeito do produto ou defeito do Serviço, dano patrimonial ou moral (*eventus damni*), e a relação de causalidade entre o defeito e o dano suportado.

39 Parte da doutrina prefere denominá-los de vícios de adequação, em contraposição aos chamados vícios de segurança. Segundo a doutrina que classifica os vícios em de adequação e de segurança, a ausência de segurança de um produto ou de um serviço implicará invariavelmente em sua inadequação, embora nem todo produto ou de um serviço que seja inadequado será necessariamente inseguro.

40 Art. 20, § 2º, do CDC: “São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade”.

41 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 468

42 Vício de qualidade é “a qualificação de desvalor atribuída a um produto ou serviço por não corresponder à legítima expectativa do consumidor, quanto à sua utilização ou fruição (falta de adequação), bem como por adicionar riscos à integridade física (periculosidade) ou patrimonial (insegurança) do consumidor ou de terceiros” (DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. comentado pelos autores do anteprojeto, p. 155).

43 Vício de quantidade é aquele apresentado pelo produto que apresente número de unidades, peso ou medida, diverso daquele que consta na sua embalagem ou rótulo.

44 Entendemos por vício de informação de produto sua inadequação ao fim ao qual se destina, decorrente quer de disparidade existente entre suas características efetivas e as indicações constantes do recipiente, da embalagem, da rotulagem, do manual de instruções ou da mensagem publicitária, quer na ausência de informes claros, redigidos ostensivamente em idioma pátrio, sobre dados relevantes do produto.

45 Vícios de informação do serviço são os decorrentes da disparidade entre o serviço prestado e as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária.

46 A substituição das peças é dever, mas também direito do fornecedor, ao qual deve ser dada a oportunidade de reparar o bem no prazo legal, antes de submeter-se ao leque de opções que se abre ao consumidor.

a 25 sob a denominação genérica: “Responsabilidade por Vícios”³⁹, “defeito”, por sua vez, seria o vocábulo genericamente empregado para designar situação na qual adviesse fato decorrente de tal inadequação.

Vício de adequação de um produto corresponde à alteração de qualidade, de quantidade ou à supressão de informação à ele inerente, que acarrete sua desconformidade à sua natural serventia ou prestabilidade, deixando de corresponder à expectativa legítima do consumidor quanto à possibilidade de sua fruição.

A inadequação do serviço⁴⁰, por sua vez, decorre da não obtenção da finalidade que motivou a aquisição da atividade fornecida mediante remuneração, tornando-se implícita a qualquer relação de consumo dessa natureza a norma genérica de garantia de prestabilidade do serviço⁴¹.

Os vícios do produto podem ser, pois, de qualidade⁴², de quantidade⁴³, ou de informação⁴⁴. Os vícios do serviço, por sua vez, poderão ser apenas de qualidade ou de informação⁴⁵.

A existência de vício de qualidade do produto dá ao consumidor o direito de exigir a substituição das partes viciadas no prazo de trinta dias⁴⁶, que, se não for atendido, lhe abrirá a possibilidade de exigir, alter-

39 Parte da doutrina prefere denominá-los de vícios de adequação, em contraposição aos chamados vícios de segurança. Segundo a doutrina que classifica os vícios em de adequação e de segurança, a ausência de segurança de um produto ou de um serviço implicará invariavelmente em sua inadequação, embora nem todo produto ou de um serviço que seja inadequado será necessariamente inseguro.

40 Art. 20, § 2º, do CDC: “São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade”.

41 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, p. 468

42 Vício de qualidade é “a qualificação de desvalor atribuída a um produto ou serviço por não corresponder à legítima expectativa do consumidor, quanto à sua utilização ou fruição (falta de adequação), bem como por adicionar riscos à integridade física (periculosidade) ou patrimonial (insegurança) do consumidor ou de terceiros” (DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, comentado pelos autores do anteprojeto, p. 155).

43 Vício de quantidade é aquele apresentado pelo produto que apresente número de unidades, peso ou medida, diverso daquele que consta na sua embalagem ou rótulo.

44 Entendemos por vício de informação de produto sua inadequação ao fim ao qual se destina, decorrente quer de disparidade existente entre suas características efetivas e as indicações constantes do recipiente, da embalagem, da rotulagem, do manual de instruções ou da mensagem publicitária, quer na ausência de informes claros, redigidos ostensivamente em idioma pátrio, sobre dados relevantes do produto.

45 Vícios de informação do serviço são os decorrentes da disparidade entre o serviço prestado e as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária.

46 A substituição das peças é dever, mas também direito do fornecedor, ao qual deve ser dada a oportunidade de reparar o bem no prazo legal, antes de submeter-se ao leque de opções que se abre ao consumidor.

nativamente e à sua escolha: a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; o abatimento proporcional do preço (art. 18 do CDC). Em se tratando de vício de quantidade, porém, as opções abertas ao consumidor são de estimação do produto (art. 19, I, do CDC); de complementação de seu peso ou de sua medida (art. 19, II, do CDC); de sua troca (art. 19, III, do CDC); ou de sua redibição (art. 19, IV, do CDC).

Em se tratando de vício do serviço caberá ao consumidor optar entre a reexecução dos serviços (ainda que por terceiro, sem custo adicional e quando cabível, nos termos do art. 20, I, do CDC), a restituição imediata da quantia paga (monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, consoante previsão do art. 20, II, do CDC) e o abatimento proporcional do preço (art. 20, III, do CDC).

4.3 Responsabilidade por fato do produto ou por fato do serviço

A responsabilidade por danos nas relações de consumo, também denominada de responsabilidade por fato do produto ou por fato do serviço, decorre da propagação do vício de qualidade ou de informação, que assume proporções que extrapolam o âmbito do prejuízo inerente ao próprio produto ou serviço, podendo alcançar tanto o consumidor em sentido estrito, como terceiros que, por serem vítimas do evento, acabam sendo a ele equiparados.

A responsabilidade por fato do produto ou por fato do serviço pressupõe a presença simultânea dos elementos seguintes: defeito do produto ou defeito do Serviço, dano patrimonial ou moral (*eventus damni*), e a relação de causalidade entre o defeito e o dano suportado.

Conceituou o legislador no art. 12, § 1º, do CDC, ser o produto defeituoso na hipótese de não oferecer a segurança que dele legitimamente se espera. Para tanto, devem ser consideradas todas as circunstâncias relevantes, dentre as quais sua apresentação, o uso e os riscos razoavelmente esperados, bem como a época em que foi colocado em circulação. Não poderá, assim, ser considerado defeituoso o produto pelo simples fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado⁴⁷.

As hipóteses de exclusão da responsabilidade, por sua vez, vêm previstas no artigo 12, § 3º, do CDC, cabendo ao fabricante, ao construtor, ao produtor ou ao importador a prova de que não colocou o produto no mercado; de que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente; de que o defeito ou vício decorreu de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

O fornecedor de serviços responderá objetivamente pela reparação de eventuais danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, ou por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (art. 14 do CDC). Entende-se ser o serviço defeituoso na hipótese de não fornecimento da segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo de seu fornecimento; o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam, e; a época em que foi fornecido (§1º). Assim, à exemplo do que ocorre com os produtos, não pode o serviço ser considerado defeituoso pelo simples fato de ter surgido nova técnica (§2º).

47 Assim, não há que se falar em defeito do produto em se tratando de automóvel antigo, desprovido de equipamentos de segurança que teriam sido posteriormente incorporados ao modelo como itens de série. Eventuais modificações poderão, contudo, ser impostas pelos órgãos governamentais. Assim, a obrigatoriedade da adoção dos cintos de segurança do tipo três pontos, com retrator, nos assentos dianteiros próximos às portas (Resolução nº 48, de 21 de maio de 1998, c.c. o inciso I do art. 105 do Código de Trânsito Brasileiro). A exigência, contudo, de que os assentos dianteiros próximos às portas sejam dotados de cinto do tipo três pontos, graduable, com retrator, é cabível apenas em se tratando de veículos produzidos a partir de 1º de janeiro de 1999.

5 A proposta da formulação de uma Teoria Geral

Analisando de modo sistemático as particularidades inerentes ao Direito do Consumidor a respeito das quais discorreremos anteriormente, acreditamos seja possível esboçar as primeiras linhas de uma proposta concernente a uma Teoria Geral aplicada às relações de consumo.

As contínuas transformações sociais, modificando necessidades e acarretando o surgimento de novas relações jurídicas, exigem trabalho ininterrupto de reforma das soluções já existentes no sistema de leis e, de tempos em tempos, fatalmente sua completa renovação. A introdução de inovações no âmbito jurídico, característica marcante do dinamismo do Direito, nunca se deu, contudo, a partir do nada.

Estudiosos como Ripert e Savatier procuraram, com efeito, evidenciar a existência de forças criativas e metamorfoses no direito. Para tanto partiram da premissa de que as constantes transformações por este suportadas decorriam mais de evolução do que de revoluções.

Outros autores, dentre os quais se destaca Gèny, porém, partindo do questionamento a respeito de ser o direito em sua natureza “dado ou construído”, acabaram por chegar à conclusão de que, conquanto o dado seja impregnado pela ciência e ofereça variedades, é “por demais abstrato em comparação com realidades tangíveis e deve ser aplicado por meio de uma técnica jurídica, feita de procedimentos plásticos (formas e categorias etc) ou intelectuais (conceitos, ficções etc) caracterizados pelo artifício de uma série de meios adaptados ao objetivo próprio do direito e que modelam as coisas”⁴⁸.

A idéia de Teoria Geral surge, como observa com propriedade Bergel⁴⁹, precisamente nesse ponto. A abstração daquilo que é dado faz com que sua aplicação tenha que ser operada necessariamente mediante

48 GENY, François. *Science et technique en droit privé positif*, t. IV. 1924, n° 302.

49 BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. XXII.

o emprego de técnica jurídica, e esta se caracteriza pelo emprego de classificações em formas e em categorias, bem como pela sua estruturação tomando por base determinados conceitos, sob os influxos de princípios específicos e obedecendo a regras a ela pertinentes.

A proposta de uma teoria geral aplicada às relações de consumo, por sua vez, parte necessariamente da idéia de “defesa do consumidor”, na medida em que tal concepção foi elevada à categoria de “princípio fundamental expresso” do ordenamento jurídico após o advento da Constituição de 1988, inscrito explicitamente no texto constitucional não apenas na qualidade de diretriz da atividade econômica (art. 170, inc. V), mas também enquanto direito individual (art. 5º, XXXII).

Coube à legislação ordinária, cuja elaboração obedeceu à determinação da Assembléia Constituinte constante do ADCT, implementar mencionada “defesa do consumidor” mediante a explicitação de diretrizes mais específicas, orientando o sistema normativo das relações de consumo.

Tomando por base conceitos fundamentais ao enfoque do tema, tais como os de “consumidor”, de “fornecedor” e de “relação de consumo”, e implementando sua associação à idéia e alcance do que seja “princípio de direito”, tem-se buscado, como observamos anteriormente, obter uma classificação dos denominados “Princípios de Direito do Consumidor”, decorrentes do Princípio constitucional de Defesa e Proteção do Consumidor. Tais princípios desempenham a função de elemento de coesão em meio ao microsistema normativo do consumidor, irradiando influxos sobre seu particular conjunto de regras, orientando-as e inspirando-as; traçando, enfim, critérios de interpretação.

Trata-se, pois, de microsistema dotado de particularidades que fazem com que seja considerado como dos mais peculiares de todo o ordenamento jurídico, como as inerentes à responsabilidade decorrente das relações de consumo, caracterizada pelo vínculo de solidariedade

na responsabilização de todo o encadeamento de fornecedores, pela adoção da responsabilidade objetiva enquanto regra, e pela elaboração de inovador sistema classificatório, no qual o legislador estabelece distinção entre “Responsabilidade por Vício do Produto ou do Serviço” e “Responsabilidade por Fato do Produto ou do Serviço”.

Direito do Consumidor⁵⁰ é, pois, denominação que designa o conjunto de conceitos, princípios e regras destinados a assegurar proteção ao consumidor, seja antes de seu comprometimento, seja regulando as condições nas quais este ocorre (*v.g.* a vedação de cláusulas abusivas), seja na execução do contrato, seja, ainda, outorgando-lhe lapso para rescisão potestativa. Mais genericamente, o Direito do Consumidor corresponde ao conjunto de preceitos destinados a salvaguardar sua saúde, sua segurança e seus interesses econômicos, eventualmente ameaçados em decorrência de relação de consumo.

Não se pode perder de vista, porém, que o Direito do Consumidor, conquanto tenha sido erigido como verdadeiro microsistema jurídico regido por conjunto particular de princípios e regras, não perdeu seu caráter interdisciplinar. Revela, com efeito, facetas que o entrosam intimamente com as demais áreas jurídicas, tais como o Direito Econômico, o Direito Comercial e mesmo o Direito Penal, ainda que mantenha suas origens atreladas às relações contratuais do Direito Civil.

Qual, então, a justificativa para a criação de uma Teoria Geral do Direito do Consumidor? Por meio da análise científica e ordenada de semelhante microsistema atinente às relações de consumo – dotado de conceitos, de princípios e de regras próprios – desvenda-se a existência de estrutura regente intrinsecamente harmônica, com peculiaridades, clamando naturalmente pela elaboração de uma Teoria Geral que lhe

⁵⁰ Esse conceito corresponde, em parte, ao proposto por Gerard Cornu: “Nom donné à l'ensemble des lois spéciales destinées à assurer la protection du consommateur soit avant qu'il ne s'engage (lutte contre les ventes abusives, le démarchage, institution d'un délai de réflexion ou de repentir), soit dans les conditions de son engagement (ex prohibition des clauses abusives), soit dans l'exécution du contrat (répression des fraudes, responsabilité pour vice de fabrication) et plus généralement à l'ensemble de mesures et institutions destinées à sauvegarder sa santé, sa sécurité et ses intérêts économiques” (*Vocabulaire juridique*. p. 193).

o emprego de técnica jurídica, e esta se caracteriza pelo emprego de classificações em formas e em categorias, bem como pela sua estruturação tomando por base determinados conceitos, sob os influxos de princípios específicos e obedecendo a regras a ela pertinentes.

A proposta de uma teoria geral aplicada às relações de consumo, por sua vez, parte necessariamente da idéia de “defesa do consumidor”, na medida em que tal concepção foi elevada à categoria de “princípio fundamental expresso” do ordenamento jurídico após o advento da Constituição de 1988, inscrito explicitamente no texto constitucional não apenas na qualidade de diretriz da atividade econômica (art. 170, inc. V), mas também enquanto direito individual (art. 5º, XXXII).

Coube à legislação ordinária, cuja elaboração obedeceu à determinação da Assembléia Constituinte constante do ADCT, implementar mencionada “defesa do consumidor” mediante a explicitação de diretrizes mais específicas, orientando o sistema normativo das relações de consumo.

Tomando por base conceitos fundamentais ao enfoque do tema, tais como os de “consumidor”, de “fornecedor” e de “relação de consumo”, e implementando sua associação à idéia e alcance do que seja “princípio de direito”, tem-se buscado, como observamos anteriormente, obter uma classificação dos denominados “Princípios de Direito do Consumidor”, decorrentes do Princípio constitucional de Defesa e Proteção do Consumidor. Tais princípios desempenham a função de elemento de coesão em meio ao microsistema normativo do consumidor, irradiando influxos sobre seu particular conjunto de regras, orientando-as e inspirando-as; traçando, enfim, critérios de interpretação.

Trata-se, pois, de microsistema dotado de particularidades que fazem com que seja considerado como dos mais peculiares de todo o ordenamento jurídico, como as inerentes à responsabilidade decorrente das relações de consumo, caracterizada pelo vínculo de solidariedade

na responsabilização de todo o encadeamento de fornecedores, pela adoção da responsabilidade objetiva enquanto regra, e pela elaboração de inovador sistema classificatório, no qual o legislador estabelece distinção entre “Responsabilidade por Vício do Produto ou do Serviço” e “Responsabilidade por Fato do Produto ou do Serviço”.

Direito do Consumidor⁵⁰ é, pois, denominação que designa o conjunto de conceitos, princípios e regras destinados a assegurar proteção ao consumidor, seja antes de seu comprometimento, seja regulando as condições nas quais este ocorre (*v.g.* a vedação de cláusulas abusivas), seja na execução do contrato, seja, ainda, outorgando-lhe lapso para rescisão potestativa. Mais genericamente, o Direito do Consumidor corresponde ao conjunto de preceitos destinados a salvaguardar sua saúde, sua segurança e seus interesses econômicos, eventualmente ameaçados em decorrência de relação de consumo.

Não se pode perder de vista, porém, que o Direito do Consumidor, conquanto tenha sido erigido como verdadeiro microsistema jurídico regido por conjunto particular de princípios e regras, não perdeu seu caráter interdisciplinar. Revela, com efeito, facetas que o entrosam intimamente com as demais áreas jurídicas, tais como o Direito Econômico, o Direito Comercial e mesmo o Direito Penal, ainda que mantenha suas origens atreladas às relações contratuais do Direito Civil.

Qual, então, a justificativa para a criação de uma Teoria Geral do Direito do Consumidor? Por meio da análise científica e ordenada de semelhante microsistema atinente às relações de consumo – dotado de conceitos, de princípios e de regras próprios – desvenda-se a existência de estrutura regente intrinsecamente harmônica, com peculiaridades, clamando naturalmente pela elaboração de uma Teoria Geral que lhe

⁵⁰ Esse conceito corresponde, em parte, ao proposto por Gerard Cornu: “*Nom donné à l'ensemble des lois spéciales destinées à assurer la protection du consommateur soit avant qu'il ne s'engage (lutte contre les ventes abusives, le démarchage, institution d'un délai de réflexion ou de repentir), soit dans les conditions de son engagement (ex prohibition des clauses abusives), soit dans l'exécution du contrat (répression des fraudes, responsabilité pour vice de fabrication) et plus généralement à l'ensemble de mesures et institutions destinées à sauvegarder sa santé, sa sécurité et ses intérêts économiques*” (*Vocabulaire juridique*. p. 193).

satisfaça os requisitos, uma vez que aquela concernente ao Direito Civil mostra-se, para tanto, superada e insuficiente.

Sustentamos ser a Teoria Geral do Direito do Consumidor um sistema de natureza simultaneamente conceitual, principiológica e normativa. Integram-no concepções jurídicas (elementos conceituais próprios, tais como “consumidor”, “fornecedor”, “produto”, “serviço” e a “relação de consumo”) e regras específicas (como as atinentes à responsabilidade por vício e fato do produto ou do serviço), que são ligados entre si por elementos de coesão, os princípios. Estes, sendo fruto de processo indutivo, permitem que os preceitos de Direito do Consumidor sejam alçados a seu nível máximo de generalização harmônica e operante.

A Teoria Geral do Direito do Consumidor pode, pois, ser enunciada como a ciência cujo objeto consiste na apreensão do fenômeno da relação de consumo, da razão de ser e das finalidades do Direito do Consumidor enquanto ramo autônomo do Direito, mediante o estudo de seus conceitos, de seus princípios fundamentais, bem como dos mecanismos e instrumentos voltados à promoção e à defesa do consumidor.

Afere-se de todo o exposto, que a abordagem do Direito do Consumidor não pode prescindir de análise à luz de uma Teoria Geral, sem a qual o julgador e o próprio legislador, ficam sem parâmetros orientadores e limitadores de sua atuação.

Elements for a General Consumer Rights Theory

Abstract

The transformations suffered by the Law during the 20th century - imposing amore fragmentary conception of the system in the origin of normative texts, changing paradigms and making of the legal rule an innovative tool for social and economic relations - have met the need of granting specific legal rules to the reality experienced by the consumption society. Starting with the correlation between the idea of overall legal principles and concepts inherent to Consumers' microsystem (consumer, supplier, consumption relations) we might number specific principles of Consumer Rights that "arise" from the fundamental principal that warrants the "consumer protection" set forth in the Federal Constitution of 1988. Similarly, consumption relations are very

particular with regard to civil liability. So, concerning the bond of solidarity that connects the chain of suppliers, an objective responsibility is adopted as a rule and a particular ranking system is created, whereby the legislator makes a distinction between "Liability for Product or Service Defect" and "Liability for Fact related to Product or Service". As long as the abovementioned concepts, principles and rules inherent to consumption relations compose a harmonically ordained group, arises the possibility of designing the basic elements that might generate the outlines of a General Theory of Consumer Rights.

Key-words: Consumer Rights. Principles of Law. General Theory. Consumer.

satisfaça os requisitos, uma vez que aquela concernente ao Direito Civil mostra-se, para tanto, superada e insuficiente.

Sustentamos ser a Teoria Geral do Direito do Consumidor um sistema de natureza simultaneamente conceitual, principiológica e normativa. Integram-no concepções jurídicas (elementos conceituais próprios, tais como “consumidor”, “fornecedor”, “produto”, “serviço” e a “relação de consumo”) e regras específicas (como as atinentes à responsabilidade por vício e fato do produto ou do serviço), que são ligados entre si por elementos de coesão, os princípios. Estes, sendo fruto de processo indutivo, permitem que os preceitos de Direito do Consumidor sejam alçados a seu nível máximo de generalização harmônica e operante.

A Teoria Geral do Direito do Consumidor pode, pois, ser enunciada como a ciência cujo objeto consiste na apreensão do fenômeno da relação de consumo, da razão de ser e das finalidades do Direito do Consumidor enquanto ramo autônomo do Direito, mediante o estudo de seus conceitos, de seus princípios fundamentais, bem como dos mecanismos e instrumentos voltados à promoção e à defesa do consumidor.

Afere-se de todo o exposto, que a abordagem do Direito do Consumidor não pode prescindir de análise à luz de uma Teoria Geral, sem a qual o julgador e o próprio legislador, ficam sem parâmetros orientadores e limitadores de sua atuação.

Elements for a General Consumer Rights Theory

Abstract

The transformations suffered by the Law during the 20th century - imposing amore fragmentary conception of the system in the origin of normative texts, changing paradigms and making of the legal rule an innovative tool for social and economic relations - have met the need of granting specific legal rules to the reality experienced by the consumption society. Starting with the correlation between the idea of overall legal principles and concepts inherent to Consumers' microsystem (consumer, supplier, consumption relations) we might number specific principles of Consumer Rights that "arise" from the fundamental principal that warrants the "consumer protection" set forth in the Federal Constitution of 1988. Similarly, consumption relations are very

particular with regard to civil liability. So, concerning the bond of solidarity that connects the chain of suppliers, an objective responsibility is adopted as a rule and a particular ranking system is created, whereby the legislator makes a distinction between "Liability for Product or Service Defect" and "Liability for Fact related to Product or Service". As long as the abovementioned concepts, principles and rules inherent to consumption relations compose a harmonically ordained group, arises the possibility of designing the basic elements that might generate the outlines of a General Theory of Consumer Rights.

Key-words: Consumer Rights. Principles of Law. General Theory. Consumer.

satisfaça os requisitos, uma vez que aquela concernente ao Direito Civil mostra-se, para tanto, superada e insuficiente.

Sustentamos ser a Teoria Geral do Direito do Consumidor um sistema de natureza simultaneamente conceitual, principiológica e normativa. Integram-no concepções jurídicas (elementos conceituais próprios, tais como “consumidor”, “fornecedor”, “produto”, “serviço” e a “relação de consumo”) e regras específicas (como as atinentes à responsabilidade por vício e fato do produto ou do serviço), que são ligados entre si por elementos de coesão, os princípios. Estes, sendo fruto de processo indutivo, permitem que os preceitos de Direito do Consumidor sejam alçados a seu nível máximo de generalização harmônica e operante.

A Teoria Geral do Direito do Consumidor pode, pois, ser enunciada como a ciência cujo objeto consiste na apreensão do fenômeno da relação de consumo, da razão de ser e das finalidades do Direito do Consumidor enquanto ramo autônomo do Direito, mediante o estudo de seus conceitos, de seus princípios fundamentais, bem como dos mecanismos e instrumentos voltados à promoção e à defesa do consumidor.

Afere-se de todo o exposto, que a abordagem do Direito do Consumidor não pode prescindir de análise à luz de uma Teoria Geral, sem a qual o julgador e o próprio legislador, ficam sem parâmetros orientadores e limitadores de sua atuação.

Elements for a General Consumer Rights Theory

Abstract

The transformations suffered by the Law during the 20th century - imposing amore fragmentary conception of the system in the origin of normative texts, changing paradigms and making of the legal rule an innovative tool for social and economic relations - have met the need of granting specific legal rules to the reality experienced by the consumption society. Starting with the correlation between the idea of overall legal principles and concepts inherent to Consumers' microsystem (consumer, supplier, consumption relations) we might number specific principles of Consumer Rights that "arise" from the fundamental principal that warrants the "consumer protection" set forth in the Federal Constitution of 1988. Similarly, consumption relations are very

particular with regard to civil liability. So, concerning the bond of solidarity that connects the chain of suppliers, an objective responsibility is adopted as a rule and a particular ranking system is created, whereby the legislator makes a distinction between "Liability for Product or Service Defect" and "Liability for Fact related to Product or Service". As long as the abovementioned concepts, principles and rules inherent to consumption relations compose a harmonically ordained group, arises the possibility of designing the basic elements that might generate the outlines of a General Theory of Consumer Rights.

Key-words: Consumer Rights. Principles of Law. General Theory. Consumer.

Referências

ALBA, I. E. Algunas consideraciones sobre el derecho de consumidor en España. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 72, p. 59-65, abr./ jun. 1995.

ALEXY, R. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, C. F. de. **Os Direitos dos Consumidores**. Coimbra: Almedina, 1982.

ALPA, G. Tutela del consumatore. In: NOVISSIMO Digesto. Torino: UTET, 1980. , v. II

_____. Consumatore (protezione Del) nel diritto civile. In: DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile, Torino: UTET, 1986. v. III, p. 542-48

_____. Principi generali. In: DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Torino: UTET, 1994. v. XIV, p. 355-69

ALPA, G. BESSONE, M. **La responsabilità del produttore**. 4. ed. Milano: Giuffré, 1999.

AMARAL, F. **Direito Civil**. Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL JÚNIOR, A. do. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

AZEVEDO, A. J. de. Responsabilidade pré-contratual no Código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 90, p. 121-132, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BENJAMIN, A. H. de V. e, DENARI, Z., FILOMENO, J. G. B., FINK, D. R., *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. XXII

BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. Principi Generali di Diritto. In: NOVISSIMO Digesto Italiano. Torino: UTET, 1968. v. 13, p. 888-96,

BOURGOIGNIE, T. **Éléments pour une Théorie du Droit de la Consommation**. Louvain: Storyscientia, 1988.

_____. O conceito jurídico de consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. v. 2

CALAIS-AULOY, J., STEINMETZ, F. **Droit de la consommation**. 4 ed. Paris: Dalloz, 1996.

CAMERO, R., DELLA VALLE, S. **La nuova disciplina dei Diritti del Consumatore**. Milano: Giuffré, 1999.

CANARIS, C.-W. **Pensamento sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996.

CANOTILHO, J. J. G. de. **Direito Constitucional**, 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARBONNIER, J. **Droit Civil**. Paris: Presses Universitaires de France, 1971. v.1

CARNELUTTI, F. **Sistema di Diritto processuale Civile**. Padova: CEDAM, v. I, 1936. v.1., p. 120.

CATTANEO, M. A. Positivismo giuridico. In: DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile, Torino: UTET, 1980. v. XIV, p. 1-8

CHIRONI, G.P. **Istituzioni di Diritto Civile Italiano**. 1. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1912. v. 1

CORDEIRO, A. M. da R. e M. A Boa fé nos finais do Século XX. **Separata de Revista da ordem dos advogados de Lisboa**, Lisboa, a.56, III, dez. 1996.

CORNU, G. **Vocabulaire juridique**. Paris: Presses Universitaires de France - PUF, 1996.

CORREA, A., SCIASCIA, G. **Manual de direito romano**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

DAVID, R. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DE LUCCA, N. **Direito do Consumidor**. Aspectos Práticos – perguntas e respostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DEL VECCHIO, G. **Lições de Filosofia do Direito**. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ENNECCERUS, L. **Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones**. Trad. Blas Perez Gonzales e Jose Alguer. Barcelona: Bosch, 1966. v. 1 e 2, primeira parte.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1991.

FILOMENO, J. G. B. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2001.

FLEXNER, Stuart Berg. **Random House Unabridged Dictionary**. New York: Random House, 1993.

FONSECA, A. M. da. **Caso fortuito e Teoria da Imprevisão**. 2 ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

FROTA, M. Os contratos de consumo - Realidades sociológicas que se perspectivam sob novos influxos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.37, p. 20, jan./mar. 2001.

GAMA, H. Z. **Curso de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GENY, François. **Science et technique en droit privé positif**, t. IV, n. 302, 1924,

GRASSI NETO, R. **Princípios de Direito do Consumidor - Elementos para uma Teoria Geral**. 2. ed. Santo André: Esetec, 2007.

_____. Responsabilidade objetiva e subjetiva nas relações de consumo. In: ALMEIDA, José Luis Gavião de. (Org.). **Temas Atuais de Responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2007.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

GUASTINI, R. Norma giuridica (tipi e classificazioni). In: DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Torino: UTET, 1980. v. XII, p. 154-67

_____. Principi di Diritto. In: DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Torino: UTET, 1980. v. XIV, p. 355-69

GUERRA FILHO, W. S. Sobre princípios Constitucionais Gerais: Isonomia e Proporcionalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 719, a. 84, set. 1995.

IRTI, N. Autonomia privada e forma di Stato (in torno al pensiero di Hans Kelsen). **Rivista di Diritto Civile**, Padova, p. 15-23, 1994.

KENNEDY, J. F. Special Message to the Congress on Protecting the consumer Interest. March 15, 1962. **Public Papers of the Presidents** [93], p. 235-43.

LACAMBRA, L. L. y. **Filosofia Del Derecho**. Barcelona: Bosch, 1972. p. 602-13.

LACERDA, P. de. **Manual do Código Civil Brasileiro, Introdução, parte primeira**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918. v.1.

LARENZ, K. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LAZZARO, G. Sistema Giuridico. In: NOVISSIMO Digesto Italiano. Torino: UTET, 1980. v. II, p. 459-64

LISBOA, R. S. **Responsabilidade Civil nas relações de consumo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPEZ, T.A. Responsabilidade Civil dos Médicos. In: CAHALI, Y.S. (Coord.). **Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 319- 321.

LORENZETTI, R. L. Esquema de una teoría sistémica del contrato. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 33, p. 51/7, jan./mar.2000.

LUCHAIRE, F. Les fondements constitutionnels du droit civil. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Sirey, p. 249-328, 1982. .

MANCUSO, R. de C. **Interesses Difusos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARINS, J. **Responsabilidade da empresa por fato do produto**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, J. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 112, out./dez., p. 13-32, 1991.

MÁYNEZ, E. G. **Principios generales del derecho (normativos y no normativos) Scritti Giuridici in memoria di Calamandrei**. Padova: CEDAM, 1959. p. 227-42.

MAYNZ, C. **Cours de droit romain**. 3. ed. Bruxelles/Paris: Librairie Polytechnique D'Aug. Decq/Librairie de A. Durant et Pedone, 1870. v.1.

MELLON INFANTE, C. Código Civil Aleman (BGB). Tradução direta do alemão para o castelhano, acompanhada de notas com as modificações até o ano de 1950. In: ENNECCERUS, Ludwig. **Tratado de derecho civil**. Trad. Blas Perez Gonzales e Jose Alguer. Barcelona: Bosch, 1966. Apêndice.

MESSINEO, F. **Manuale de diritto civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 1965. v. 3, p. 567, § 133.

NERY JÚNIOR, N. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, set./dez. 1992.

_____. Principi di Diritto. In: DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Torino: UTET, 1980. v. XIV, p. 355-69

GUERRA FILHO, W. S. Sobre princípios Constitucionais Gerais: Isonomia e Proporcionalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 719, a. 84, set. 1995.

IRTI, N. Autonomia privada e forma di Stato (in torno al pensiero di Hans Kelsen). **Rivista di Diritto Civile**, Padova, p. 15-23, 1994.

KENNEDY, J. F. Special Message to the Congress on Protecting the consumer Interest. March 15, 1962. **Public Papers of the Presidents** [93], p. 235-43.

LACAMBRA, L. L. y. **Filosofia Del Derecho**. Barcelona: Bosch, 1972. p. 602-13.

LACERDA, P. de. **Manual do Código Civil Brasileiro, Introdução, parte primeira**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918. v.1.

LARENZ, K. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LAZZARO, G. Sistema Giuridico. In: NOVISSIMO Digesto Italiano. Torino: UTET, 1980. v. II, p. 459-64

LISBOA, R. S. **Responsabilidade Civil nas relações de consumo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPEZ, T.A. Responsabilidade Civil dos Médicos. In: CAHALI, Y.S. (Coord.). **Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 319-321.

LORENZETTI, R. L. Esquema de una teoría sistémica del contrato. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 33, p. 51/7, jan./mar.2000.

LUCHAIRE, F. Les fondements constitutionnels du droit civil. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Sirey, p. 249-328, 1982. .

MANCUSO, R. de C. **Interesses Difusos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARINS, J. **Responsabilidade da empresa por fato do produto**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, J. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 112, out./dez., p. 13-32, 1991.

MÁYNEZ, E. G. **Principios generales del derecho (normativos y no normativos) Scritti Giuridici in memoria di Calamandrei**. Padova: CEDAM, 1959. p. 227-42.

MAYNZ, C. **Cours de droit romain**. 3. ed. Bruxelles/Paris: Librairie Polytechnique D'Aug. Decq/Librairie de A. Durant et Pedone, 1870. v.1.

MELLON INFANTE, C. Código Civil Aleman (BGB). Tradução direta do alemão para o castelhano, acompanhada de notas com as modificações até o ano de 1950. In: ENNECCERUS, Ludwig. **Tratado de derecho civil**. Trad. Blas Perez Gonzales e Jose Alguer. Barcelona: Bosch, 1966. Apêndice.

MESSINEO, F. **Manuale de diritto civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 1965. v. 3, p. 567, § 133.

NERY JÚNIOR, N. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, set./dez. 1992.

NIEIRTZ, V. **Le code de la consommation**. Paris: Prat, 2000.

NOVAIS, A. A. L. A Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PATTI, S. Il negozio giuridico: è vera "crisi"? **Rivista di Diritto Civile**, Padova, a. XXXIII, p. 627-33, 1987.

PEREIRA, C. M. da S. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 1-12.

PEREIRA, M. O. Rumos da defesa do consumidor em Portugal: o papel do Estado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 18, p. 32-8, 1996.

PERLINGIERI, P. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEZZELLA, M. C. C. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 23/4, jul./ nov. 97.

PIGA, F. Tramonto del codice civile? (Codice civile e istituti del diritto pubblico nella realtà del nostro tempo. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, a. XXVI, p. 56-79, 1980.

REALE, M. **O projeto do novo Código Civil**: situação após aprovação pelo Senado Federal. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

REQUIÃO, R. Abuso de Direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine). **Revista dos Tribunais**, n. 410/12.

ROCHA, S. L. F. da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no Direito Brasileiro**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SACCO, R. Codificare: modo superato di legiferare? **Rivista di Diritto Civile**, Padova, a. XXIX, fascicolo cinque, 1983.

SANTORO-PASSARELLI, F. Note conclusive: Il codice e il mantenimento dei valori essenziali. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, a. XXVI, p. 85-91, 1980.

SCHLESINGER, P. Tramonto del codice civile? **Rivista di Diritto Civile**, a. XXVI, Padova, p. 80-4, 1980.

TEPPEDINO, G. **As relações de consumo e a nova teoria contratual. Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 199-215

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: TEMAS de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-22

TEPEDINO, M. C. B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo, v. 65, p. 21-32, 1993.

TEUBNER, G. **O Direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

Referência deste artigo

NETO, Roberto Grassi. Elementos para uma Teoria geral do direito do consumidor. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 483-524, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

Contribuintes do Imposto de Renda obrigados ao recolhimento pelo carnê-leão e a desproporcionalidade da sanção aplicada pelo descumprimento dessa obrigação

Silvia Carolina Buarque de Gusmão Noya

Bacharela em Direito, Técnica Judiciária da Seção Judiciária de Pernambuco

João Hélio de Farias Moraes Coutinho

Mestre e doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Professor da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP e da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco Desembargador Cláudio Américo de Miranda – ESMAPE, Auditor Fiscal do Tesouro Estadual

Raymundo Juliano Rêgo Feitosa

Doutor em Direito pela Universidade Autônoma de Madri. Professor da Universidade Potiguar – UnP, da Associação Caruaruense de Ensino Superior – ASCES e da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Resumo

A escolha do tema em análise surgiu a partir da observação de fatos concretos, nos quais os contribuintes sujeitos ao recolhimento do Imposto de Renda por meio do carnê-leão sofreram a aplicação de elevados percentuais de multas, em que pese o manifesto interesse em não sonegar informações ao Fisco, e de não se eximir de recolher o tributo devido. O objetivo do presente estudo foi questionar se a multa fiscal, imputada ao contribuinte que aufer rendimentos

de trabalho não-assalariado – carnê-leão –, possui caráter confiscatório, dada a excessividade dos percentuais a ela atribuídos, bem como verificar a possibilidade de utilização do instituto da denúncia espontânea, cuja finalidade é afastar a incidência dos referidos encargos. Do estudo mais aprofundado sobre a matéria, procurou-se chamar atenção para os aspectos mais polêmicos, ao estabelecer um comparativo entre

>>

os posicionamentos adotados pelo Fisco e pelo Judiciário, o que resultou na constatação da necessidade de mudanças na atual legislação do Imposto de Renda, no que concerne aos percentuais estipulados para as multas fiscais, de forma a não

ocorrer injustiça nas punições aos contribuintes, com encargos que assumem feições confiscatórias.

Palavras-chave: Imposto de Renda. Multa fiscal. Carnê-leão.

Considerações iniciais

A imputação de sanções, em patamares elevados, pelo descumprimento de normas tributárias, especificamente as relativas aos contribuintes sujeitos ao recolhimento mensal obrigatório do Imposto de Renda por meio do carnê-leão, tem sido objeto de acirradas discussões e de controvérsias doutrinárias, sem contar com a divergência de posicionamentos entre o Judiciário e o Fisco, bem como, na esfera administrativa, entre a primeira instância administrativa e o Conselho de Contribuintes.

Acrescente-se, ainda, que a observação de fatos concretos, nos quais os contribuintes sofreram a aplicação de elevados percentuais de multas, apesar do manifesto interesse em não sonegar informações ao Fisco e de não se eximir de recolher o tributo devido, foi fator decisivo para a elaboração deste estudo.

Ademais, com o intuito de questionar a legislação atual do Imposto de Renda, no que concerne à imputação de sanções, ventilou-se a necessidade de mudanças, por entender que os percentuais hoje atribuídos aos encargos a que estão sujeitos os contribuintes que auferem rendimentos de trabalho não-assalariado - contribuinte obrigado ao carnê-leão - são tão elevados que configuram verdadeiro confisco.

Nesse viés, procurou-se chamar atenção para os aspectos mais polêmicos e atuais acerca do tema em comento, destacando-se os po-

sicionamentos do Judiciário e da Administração Fazendária quanto à incidência da multa no caso de infração à norma tributária e, por fim, apontando-se a posição julgada mais consentânea para a solução das situações fáticas apresentadas.

Estabeleceu-se um comparativo entre os sujeitos passivos da relação jurídico-tributária, quais sejam, contribuinte e responsável tributário, e, em seguida, elaborou-se uma síntese sobre as três modalidades mais conhecidas de recolhimento do imposto de renda das pessoas físicas: carnê-leão, mensalão e a retenção do imposto pela fonte pagadora.

Posteriormente, adentrou-se, propriamente, no tema, sendo feita uma análise crítica sobre a imposição de multas excessivas decorrentes do descumprimento à legislação do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza das Pessoas Físicas, exibindo e comentando, dentro desse contexto, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e da Administração Fazendária.

Para finalizar, abordou-se o instituto da denúncia espontânea, cuja finalidade é afastar, quando possível sua configuração, a incidência das multas em face dos contribuintes, levando-se em consideração os seus efeitos e alcance, além dos argumentos que lhe são favoráveis e contrários, para, em seguida, fazer um comparativo entre eles e concluir o trabalho, apontando a posição julgada mais justa.

1 Modalidades de recolhimento do IRPF

Existem, basicamente, três formas de recolhimento do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza das Pessoas Físicas (IRPF), quais sejam: o recolhimento mensal obrigatório, por meio do carnê-leão, o recolhimento complementar, também conhecido como “mensalão”, e o imposto retido pela fonte pagadora. Destarte, passemos a analisar cada uma dessas espécies.

1.1 Carnê-leão

O carnê-leão, instituído pelo Decreto-lei nº 1.705, de 23 de outubro de 1979, é a forma de recolhimento mensal do imposto de renda de pessoas físicas que não estão sujeitas ao recolhimento na fonte, relativo aos rendimentos recebidos de outras pessoas físicas ou de fontes situadas no exterior.

A ele estão sujeitos os profissionais liberais e os autônomos. A sistemática de cálculo do IR para recolhimento pelo carnê-leão dá-se com base nos valores da tabela progressiva mensal constante em Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil.

De acordo com consulta realizada ao sítio da Receita Federal, sujeita-se à forma de recolhimento mensal obrigatório a pessoa física residente no país que perceber: rendimentos de outras pessoas físicas que não tenham sido tributados na fonte no Brasil, tais como os decorrentes de arrendamento, subarrendamento, locação e sublocação de móveis ou imóveis e os decorrentes do trabalho não-assalariado, assim compreendidos todas as espécies de remuneração por serviços ou trabalhos prestados sem vínculo empregatício; rendimentos ou quaisquer outros valores recebidos de fontes do exterior, tais como trabalho assalariado ou não-assalariado, uso, exploração ou ocupação de bens móveis ou imóveis, transferidos ou não para o Brasil, lucros e dividendos. Cumpre esclarecer que deverá ser observado aquilo que está disposto nos acordos, convenções e tratados internacionais firmados entre o Brasil e o país de origem dos rendimentos, assim como a reciprocidade de tratamento; emolumentos e custas dos serventuários da Justiça, como tabeliães, notários, oficiais públicos e demais servidores, independentemente de a fonte pagadora ser pessoa física ou jurídica, exceto quando forem remunerados exclusivamente pelos cofres públicos; importância a título de pensão alimentícia, em face das normas do Direito de Família, quando em cumprimento de decisão judicial ou acordo homologado

judicialmente, inclusive alimentos provisionais; rendimentos recebidos por residentes no Brasil que prestem serviços a embaixadas, repartições consulares, missões diplomáticas ou técnicas ou organismos internacionais de que o Brasil faça parte; 40%, no mínimo, do rendimento de transporte de carga e de serviços com trator, máquina de terraplanagem, colheitadeira e assemelhados; 60%, no mínimo, do rendimento de transporte de passageiros.

O imposto recolhido na forma de carnê-leão deve ser calculado mediante a aplicação de tabela progressiva, vigente no mês do recebimento do rendimento, sobre o total percebido naquele mês, observado o valor do rendimento bruto relativo a cada espécie, ou seja, a tributação incidirá sobre o valor total recebido no mês, independentemente de os valores unitários auferidos serem inferiores ao limite mensal de isenção.

Para se determinar a base de cálculo do IRPF, sujeita ao recolhimento mensal obrigatório, sobre a qual incidirá a alíquota constante na tabela supramencionada, observar-se-ão as possíveis deduções, nos limites e condições fixados na legislação vigente, a saber: as importâncias pagas em dinheiro a título de pensão alimentícia em face das normas do Direito de Família, quando em cumprimento de decisão judicial ou acordo homologado judicialmente, inclusive a prestação de alimentos provisionais, o valor de R\$ 106,00 (cento e seis reais) por dependente; as contribuições para a Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cujo ônus tenha sido do próprio contribuinte e desde que destinado a seu próprio benefício, as despesas escrituradas em livro caixa.

O recolhimento do Imposto de Renda das Pessoas Físicas por meio da forma em apreço deverá ser realizado até o último dia útil do mês subsequente ao do recebimento do rendimento.

A inobservância às exigências legais quanto ao recolhimento do Imposto de Renda por parte do contribuinte que se enquadra na modalidade de pagamento por meio do carnê-leão ensejará a aplicação de en-

cargos, consoante preceitua o art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, alterado pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, conforme se observa, a seguir:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I – de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

II – de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8.º da Lei n.º 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física.;

[...]

Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988:

Art. 8º. Fica sujeito ao pagamento do imposto de renda, calculado de acordo com o disposto no art. 25 desta Lei, a pessoa física que receber de outra pessoa física, ou de fontes situadas no exterior, rendimentos e ganhos de capital que não tenham sido tributados na fonte, no País.

A imposição de multa ao contribuinte sujeito a essa forma de recolhimento e que não realiza o pagamento do imposto devido no prazo assinalado em lei deve-se ao fato de o legislador ter vedado a possibilidade de postergar tal pagamento para o momento da declaração de ajuste.

Em suma, o carnê-leão, constituindo uma forma de recolhimento obrigatória, ensejará ao sujeito passivo da obrigação tributária uma sanção, caso este não efetue o recolhimento, mensalmente, do imposto devido.

1.2 Mensalão

O recolhimento complementar constitui uma modalidade de recolhimento facultativo que pode ser realizado pelo contribuinte a título de antecipação do imposto devido na declaração de ajuste anual.

Sujeitam-se a essa forma de recolhimento aquelas pessoas que auferem rendimento oriundos de duas ou mais fontes pagadoras, pessoa física ou jurídica, ou mais de uma pessoa jurídica.

É mister salientar que o imposto complementar pode ser retido, mensalmente, por uma das fontes pagadoras, pessoa jurídica, desde que haja anuência, por escrito, do beneficiário pessoa física, hipótese em que a pessoa jurídica passa a ser solidariamente responsável com o contribuinte pelo pagamento referente à obrigação assumida.

Apenas a título ilustrativo, poder-se-ia citar o exemplo de um cidadão aposentado, que recebe de mais de uma fonte pagadora. Nessa situação, sendo cada rendimento analisado, em separado, pela respectiva fonte pagadora, e ficando cada uma delas no limite de isenção, o contribuinte se obriga, tão-somente, à declaração de ajuste, quando então será apurado o imposto devido, se for o caso, por meio do somatório dos rendimentos percebidos pelo contribuinte a cada mês.

Para se calcular o imposto complementar, deverá ser utilizada a tabela progressiva anual do imposto de renda das pessoas físicas, podendo ser deduzidas, desde que pagas até o mês do recolhimento mensal, as despesas com instrução, médicas e aquelas escrituradas em livro caixa, além das deduções utilizadas na base de cálculo mensal ou pagas até o mês do recolhimento mensal.

O recolhimento deve ser efetuado no curso do ano-calendário até o último dia útil do mês de dezembro, utilizando-se, para esse intento, o Documento de Arrecadação de Receitas Federais (Darf).

Cumpra esclarecer que, sendo o mensalão uma modalidade de recolhimento facultativo, o contribuinte que se enquadrar nessa forma de recolhimento não estará sujeito à aplicação de sanção tributária.

A grande vantagem do recolhimento antecipado está no fato de o contribuinte não ter que despendar quantia substancial de uma só vez, quando da declaração de ajuste.

Pode-se, ainda, destacar como vantagem o fato de o contribuinte, ao pagar antecipadamente o imposto em estudo, não se submeter à aplicação da taxa Selic, cujo rendimento supera qualquer aplicação financeira.

1.3 Recolhimento pela fonte pagadora

A chamada tributação na fonte tem respaldo nos arts. 157, I, e 158, I, ambos da Constituição Federal, e, no dizer de Roque Antonio Carrazza:

[...] não passa de uma técnica de arrecadação que, em si mesma, nada tem de reprovável ou injurídico, desde que, é claro, a lei permita que o contribuinte faça, na declaração de rendimento, os ajustes, as deduções e abatimentos aptos a ilidir os efeitos economicamente desfavoráveis desta tributação antecipada, tudo para que somente integre a matéria tributável o que, no período de apuração, de fato representar acréscimo patrimonial.¹

O fato de o imposto devido sofrer retenção por parte da fonte pagadora não retira de quem obteve a renda ou o provento a qualidade de contribuinte. O responsável pela retenção não é nada mais que um terceiro, a quem a lei atribuiu a incumbência de repassar aos cofres públi-

¹ CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a Renda**: perfil constitucional e temas específicos. 2. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 90.

cos federais o montante tributário devido pelo sujeito passivo, conforme reza o art. 121, parágrafo único, II, do Código Tributário Nacional.

A incidência da norma tributária deverá ocorrer sobre o evento que efetivamente traga valores positivos ao patrimônio do contribuinte. Desta forma, a base de cálculo da modalidade em tela deverá necessariamente calcular o acréscimo patrimonial global havido durante todo o período de apuração.

Destarte, o ideal seria que, na própria retenção pela fonte pagadora, fossem permitidos abatimentos e deduções, de forma a antecipar, o quanto possível, a restituição do montante indevido, a fim de evitar que o contribuinte tenha que aguardar até o próximo exercício financeiro para, só então, reaver indébito tributário, conhecido pela denominação “restituição do imposto de renda”.

2 Declaração de Ajuste Anual

Entre os anos de 1922 e 1924, com a instituição do Imposto de Renda no Brasil, nasce a obrigatoriedade de apresentação da declaração de rendimentos

Até 1982, o termo inicial do prazo para pagamento do Imposto de Renda Pessoa Física ocorria após o lançamento efetuado pela autoridade administrativa. O contribuinte entregava a declaração à Secretaria da Receita Federal, que examinava os dados nela contidos, processava, revisava e efetuava o lançamento, com o vencimento da primeira quota quarenta e cinco dias após a emissão da notificação.

Com o advento do Decreto-lei nº 1.968, de 23 de novembro de 1982, a partir do exercício de 1983, com exceção do exercício de 1993, o vencimento da primeira quota ou quota única passou a ser a data de entrega da declaração. A legislação tributária atribuiu ao contribuinte

o dever de antecipar o pagamento do imposto sem prévio exame da autoridade administrativa. Estava instituído, assim, o lançamento por homologação, conforme art. 150 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Por meio da Lei nº 7.713 de 22 de dezembro de 1988, foram promovidas profundas alterações na legislação do Imposto de Renda, uma vez que, a partir de 1º de janeiro de 1989, esse imposto, referente às pessoas físicas, passou a ser devido, mensalmente, à medida que os rendimentos e ganhos de capital fossem percebidos. Ele incidia sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução.

A idéia era substituir a base anual do imposto pelo sistema de bases correntes, com o ajuste mensal do imposto. No regime de bases correntes, o objeto e o período de incidência coincidem com o próprio exercício financeiro em curso e não se referem ao ano anterior, como no sistema de antecipação do desconto na fonte.

3 Da multa de ofício: um enfoque na multa isolada

De acordo com o que dispõe o art. 8º da Lei nº 7.713/88, os rendimentos que não tenham sido tributados na fonte, no país, recebidos por pessoa física de outra pessoa física, ou de fontes situadas no exterior, ou seja, os rendimentos oriundos de trabalho não-assalariado, sujeitam-se ao pagamento mensal do imposto de renda, por meio do carnê-leão.

Ocorre que, além de estarem sujeitos ao recolhimento mensal, os rendimentos a que se refere o artigo mencionado compõem, também, a base de cálculo do imposto de renda na declaração de ajuste.

Sendo assim, a inobservância aos referidos preceitos legais enseja a aplicação das multas de ofício, assim denominadas, porquanto decorrentes de lançamento de ofício, ou seja, mediante a atuação da Administração Fazendária, quando verificado o descumprimento à legislação,

consoante estatui o mencionado art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, alterado pela Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007, transformada na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007.

A Instrução Normativa SRF n.º 46, de 13 de maio de 1997, que regulamenta a matéria, determina que o imposto de renda devido pelas pessoas físicas, sob a forma de recolhimento mensal, não pago, submete-se, na hipótese de fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, aos seguintes procedimentos:

Art. 1.º O imposto de renda devido pelas pessoas físicas sob a forma de recolhimento mensal (carnê-leão) não pago, está sujeito à cobrança por meio de um dos seguintes procedimentos:

[...]

II - Se corresponderem a rendimentos recebidos a partir de 1.º de janeiro de 1997:

a) quando não informado na declaração, será lançada multa de 75% (setenta e cinco por cento) sobre o valor do imposto mensal devido e não recolhido, que será cobrada isoladamente, bem assim o imposto suplementar apurado na declaração, após a inclusão desses rendimentos, acrescido da multa de 75% (setenta e cinco por cento) e de juros de mora;

b) quando informado na declaração de rendimentos, será lançada multa de 75% (setenta e cinco por cento) sobre o valor do imposto mensal devido e não recolhido, que será cobrada isoladamente.

Diante dos dispositivos supracitados, depreende-se que duas são as multas de ofício, e que não são excludentes: a primeira a ser lançada sobre o imposto mensal devido e não recolhido (multa isolada), isto é, sobre o imposto que deveria de ter sido antecipado, dada a exigência legal que recai sobre aqueles que se sujeitam ao recolhimento por meio do carnê-leão; a segunda, que incide sobre o imposto suplementar apurado na declaração de ajuste, se for o caso. A possibilidade de aplicação simultânea das mencionadas multas surge do fato de que duas são as

infrações cometidas: uma, referente ao art. 44, I, da Lei nº 9430/96, decorrente de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; e a outra em face da falta de pagamento do carnê-leão (art. 44, II, do referido diploma legal), cujas bases de cálculo são distintas.

Logo, caso o contribuinte, sujeito ao recolhimento mensal, deixe de fazê-lo, será aplicada a chamada multa isolada, no percentual de 50%, sobre o somatório do valor do imposto que deixou de ser pago em cada mês do ano-calendário. Se, ainda assim, este mesmo contribuinte, na declaração de ajuste, deixar de pagar ou recolher o imposto, não efetuar a declaração, ou fazê-la de forma inexata, incidirá multa de ofício, no percentual de 75%, sobre a diferença entre o valor apurado pelo Fisco e aquele declarado pelo contribuinte.

Contudo, este não é o entendimento adotado pela segunda instância de julgamento de processos administrativos fiscais. A corte administrativa considera que o Fisco não poderia exigir, num mesmo exercício, a multa por falta de recolhimento do carnê-leão (a título de antecipação) concomitantemente com a multa de ofício por redução indevida, total ou parcial, do imposto definitivo a pagar na declaração, ainda que essas infrações e penalidades estejam expressamente tipificadas e cominadas na legislação tributária. Assim sendo, a segunda infração “anistiaria” a primeira (multa isolada) ou dispensaria a aplicação da respectiva penalidade.

O referido entendimento está esposado nas ementas dos acórdãos do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, abaixo reproduzidas:

MULTA ISOLADA – IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA CUMULATIVA COM A MULTA DE OFÍCIO NORMAL – Deve ser afastada a aplicação da multa isolada concomitantemente com a multa de ofício normal, incidentes sobre o tributo objeto do lançamento. **Acórdão 102-4693.1** (g.n.)

DECLARAÇÃO DE AJUSTE ANUAL INEXATA - MULTA ISOLADA – DUPLA INCIDÊNCIA – A omissão de rendimentos recebidos de pessoas físicas deve ser punida com multa isolada na forma prevista no art. 44, § 1.º inciso III, da Lei n.º 9.430, de 27/12/1996, mas incorreta sua exigência quando conjunta com a penalidade por declaração inexata. Dupla penalização para uma mesma base de incidência. **Acórdão 106-13145** (g.n.)

Ocorre que, para o Conselho de Contribuintes, haveria incidência de duas multas de ofício sobre a mesma base de cálculo. Para visualizar melhor tal posicionamento, digamos que o contribuinte tivesse a pagar, por meio do carnê-leão, o imposto de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e assim não o fez. Ademais, no momento da declaração de ajuste, não a apresentou. Quando o Fisco procedeu à apuração do imposto devido pelo contribuinte, verificou que o imposto a pagar seria de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). Sendo assim, a fiscalização aplicou uma multa isolada de 50% sobre R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em razão do não recolhimento mensal a que estaria sujeito tal contribuinte, e a multa de ofício de 75%, pela falta de declaração, sobre o imposto devido no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), resultado obtido mediante a diferença entre o imposto apurado pelo Fisco, que foi no montante de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), e o imposto declarado pelo contribuinte, que foi zero, uma vez que este não informou. Desta forma, como os R\$ 10.000,00 (dez mil reais) estariam embutidos nos R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), haveria incidência de multas de ofício, por motivos distintos, sobre uma mesma base de cálculo. Destarte, na ótica da instância superior de julgamento de processos administrativos fiscais, diante da hipótese de incidência das duas multas de ofício, afasta-se a aplicação da multa isolada.

Observa-se o acerto do Conselho de Contribuintes haja vista que, aqui como no âmbito do Direito Penal, a infração de maior gravidade absorve a de menor, para efeitos punitivos.

Todavia, não é essa a interpretação dada pelas Delegacias da Receita Federal de Julgamento (DRJs) - primeira instância administrativa - acerca da aplicação das multas de ofício, que entende não haver amparo legal que autorize a não imposição de qualquer das multas, quando diante de uma situação ensejadora de aplicação das mesmas. Entende ela também que descabe fazer qualquer juízo de valor quanto à aplicação ou não da norma legal, isso porque a atividade administrativa está vinculada à lei.

Na visão das DRJs, o crédito tributário da multa isolada por falta de recolhimento de antecipação não pode ser dispensado ou excluído por parte do Fisco, sob o argumento de que tal exigência seria injusta ou gravosa, uma vez que os princípios constitucionais da capacidade contributiva e da vedação ao confisco, entre outros, insculpidos nos arts. 145, § 1º, e 150, IV, da Constituição Federal, são dirigidos ao legislador e não ao aplicador da lei. Sendo assim, uma vez ingressada a lei no mundo jurídico, deve esta ser aplicada ao caso concreto, enquanto estiver em vigência.

Argumentam, ainda, que os arts. 97, VI, e 180 do CTN reforçam a tese defendida de que a infração somente pode ser anistiada, a penalidade dispensada ou reduzida e o respectivo crédito tributário excluído ou extinto, se houver expressa disposição de lei. Logo, não procederiam os entendimentos que pretendem dispensar a multa isolada, por ter sido aplicada concomitantemente com a multa genérica (art. 44, I, da Lei 9.430/96), por falta de respaldo legal.

Ainda para as DRJs, a Carta Magna de 1988 e a legislação tributária extravagante não vedariam a aplicação concomitante de penalidades, consoante comprova o art. 74 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, que assim estabelece: “apurando-se, no mesmo processo, a prática de duas ou mais infrações pela mesma pessoa natural ou jurídica, aplicam-se cumulativamente, no grau correspondente, as penas a elas cominadas [...]”.

Contudo, na nossa opinião, a questão não é relativa à aplicação ou não de dispositivo legal pela Administração Pública, mas sim à correta interpretação do referido dispositivo. Há um equívoco hermenêutico em pensar que a Administração Pública deve ater-se à literalidade da lei, desprezando os demais métodos de interpretação. No caso concreto, a interpretação sistemática evitaria a conclusão absurda a que chegou a primeira instância de julgamento administrativo.

Além disso, a multa isolada não é anistiada pelo simples fato de que ela não poderia ter sido aplicada.

É bem verdade que os entes federativos, para a concretização das diversas atividades a que se prestam, necessitam de recursos, que, na maioria das vezes, são advindos do exercício da competência tributária. Contudo, isso não lhes concede o direito de impor uma carga tributária tal ao contribuinte que redunde na supressão das suas necessidades vitais, em razão da existência, na própria Constituição, de limites de atuação estatal.

Segundo Ives Gandra da Silva Martins, tributo confiscatório é aquele que:

[...] retira a capacidade de o contribuinte se sustentar e se desenvolver (ganhos para as suas necessidades essenciais e ganhos a mais do que estas necessidades para reinvestir ou se desenvolver.²

No entanto, a doutrina encontra-se dividida quanto à extensão do princípio do não-confisco tributário, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal, que preconiza que os organismos políticos não podem utilizar-se do tributo com efeito de confisco, às multas imputadas pelo descumprimento da norma legal, isto porque, para alguns doutrinadores, os princípios que regem as infrações são distintos daqueles

2 MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sanções tributárias. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord). **Sanções administrativas tributárias**. São Paulo: Dialética, 2004. Cap. 11, p. 224.

que informam a tributação; já para outros, os princípios e limitações ao poder estatal de imposição de tributos devem ser observados em relação às multas, sob pena de haver violação de direitos e garantias dos contribuintes pela via oblíqua da imputação de penalidades tributárias escorchantes, que adquirem proporção confiscatória.

Estevão Horvath, em sua obra específica sobre o princípio do não-confisco, assim conclui:

[...] a multa não está abrangida pelo art. 150, IV, da Lei Maior, mas se encontra abrigada pelo manto genérico da vedação ao confisco que decorre da proteção ao direito de propriedade.³

Nessa mesma linha de raciocínio, Dalton Luiz Dallazem, em seu artigo *O Princípio Constitucional Tributário do Não-Confisco e as Multas Tributárias*, pronuncia-se que:

[...] o princípio informador da fixação de penalidades (seja penal, administrativa, tributária ou de qualquer outra espécie) é o princípio da razoabilidade. Qualquer fixação que não seja razoável será confiscatória por atingir a propriedade do ⁴contribuinte de modo não autorizado.

Cumprе acrescentar que parcela da jurisprudência entende que o princípio do não-confisco aplica-se, tão-somente, ao tributo (e multa não é tributo). Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRESUNÇÃO DE LIQUÍDEZ E CERTEZA DA CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA. MULTA. Confisco. HONORÁRIOS

3 HORVATH, Estevão. *O Princípio do não-confisco no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 114-115.

4 DALLAZEM, Dalton Luiz. *O Princípio constitucional tributário do não-confisco e as multas tributárias*. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004. Cap. 2, p. 26.

1. A multa punitiva não tem caráter de tributo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, IV, da CF/88 [...]

(TRF-1ª Região, AC 200238000022420/MG, 4ª Turma, unânime, Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz, julg. 08.04.03, DJ 15.05.03, pág. 148)

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXA SELIC. APLICABILIDADE AOS DÉBITOS FISCAIS. ANATOCISMO. NÃO-COMPROVAÇÃO. MULTA MORATÓRIA. CONFISCO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO CONJUNTA DE MULTA E JUROS. POSSIBILIDADE [...]

O artigo 150, IV, da Carta Constitucional é dirigido a tributos, e não à multa moratória. Ademais, não demonstrado que a sua aplicação levou a embargante à insolvência (...)

Em sentido contrário, José Souto Maior Borges, em seu artigo *Relações entre Tributos e Direitos Fundamentais*, assim leciona:

5.1. Poder-se-á, numa análise superficial, pretender que a vedação do tributo com efeito de confisco (CF, art. 150, IV) não se estenderia às multas fiscais porque o CTN, no seu art. 3.º, exclui do âmbito conceitual da definição normativa do tributo a sanção do ato ilícito e pois a multa tributária. Assim a multa, diversamente do tributo, poderia revestir efeito confiscatório.

5.2. Nada mais desarrazoado porém. O direito de propriedade está assegurado no art. 5.º, XXII da CF e dele o proprietário somente pode regularmente ser despojado pelo procedimento expropriatório, na forma da lei e por necessidade ou utilidade pública ou interesse social (art. 5.º, XXIV). Assim sendo, está implícito - mas claramente implícito - que a propriedade individual somente pode ser supressa pela desapropriação na forma da lei. Se ocorre a reserva do processo expropriatório para legitimar a supressão da propriedade, está excluída essa supressão por via de tributos ou multa. **O quantum da exigência fiscal funciona na hipótese, como um limite negativo. Atingido esse patamar, a pretensão fiscal será inconstitucional (confisco por via de multa).**⁵ (os grifos não constam do original)

5 BORGES, José Souto Maior. *Relações entre tributos e direitos fundamentais*. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004. Cap. 2, p. 409.

Não resta dúvida de que a multa tributária é prestação pecuniária compulsória incidente em decorrência da prática de um ilícito, ou seja, quando do descumprimento de um preceito legal, diferenciando-se do tributo, que decorre normalmente de fato lícito, com exceção ao disposto no art. 118, I, do CTN.

Contudo, não se pode olvidar que a multa tributária, apesar de não ser equiparável a tributo, porque originária de ilícito, deve submeter-se ao mesmo regime jurídico para efeito de cobrança, porquanto, no momento do lançamento, torna-se parte integrante do próprio crédito tributário, consoante preceitua o art. 113, § 3º, do CTN, o que revela forte indicativo da necessidade de aplicação das garantias do sistema constitucional tributário também a este encargo.

Em outras palavras, o objeto da obrigação principal é o crédito tributário e crédito tributário é uma expressão mais ampla do que tributo, já que contempla o tributo, a penalidade pecuniária e os acréscimos legais – juros e correção.

Nesse sentido são os ensinamentos de Cláudio Renato do Canto Farág:

A argumentação de que multa não é tributo, e por isso não pode na sua imposição observar os princípios tributários, não procede, uma vez que não se está tributando atividade ilícita, mas tão-somente se verificando que na atividade de tributação os princípios de proteção ao contribuinte devem ser regrados de maneira una e indivisível, sob pena de inobservância por via oblíqua da própria Constituição.⁶

Conforme se depreende, parte considerável da doutrina defende a aplicação do princípio do não-confisco também ao encargo punitivo, partindo do pressuposto de que o referido princípio é corolário do direito de propriedade e está diretamente ligado aos princípios da razoabilidade, capacidade contributiva e proporcionalidade.

⁶ FARÁG, Cláudio Renato do Canto. **As limitações constitucionais ao poder de tributar e sua aplicabilidade às multas fiscais**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2170>>. Acesso em: jul. 2007.

Sendo assim, a despeito de não haver limitação constitucional expressa quanto ao exercício do *munus* punitivo em matéria tributária, sendo atribuição do legislador a fixação de penalidades e seus respectivos valores, este deverá pautar-se nos princípios constitucionais informadores do tributo, quando da elaboração das leis que imputem sanção tributária, a fim de não cometer excessos.

Como se pode constatar, a discussão acerca do confisco em matéria tributária é eminentemente constitucional, motivo que tem levado o STJ a não conhecer de recursos especiais que preqüestione a matéria em tela, ficando a cargo do STF a sua análise.

[...]

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL. ALÍNEA “A”. TRIBUTÁRIO. MULTA MORATÓRIA DE 75% AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO. ALEGADA AFRONTA AO ART. 44, INCISO I, DA LEI N. 9.430/96. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ACÓRDÃO EMBASADO EM FUNDAMENTOS EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAIS.

O v. acórdão recorrido decidiu a questão com base em fundamentação eminentemente constitucional ao asseverar, em síntese, que “não há que se falar em aplicação da multa de 75% (setenta e cinco por cento) sobre o crédito apurado pela Fazenda Pública, face o caráter abusivo da mesma, e tendo em vista o princípio do não confisco, conforme os precedentes ultra” (fl. 187).

O instrumento utilizado não comporta esta análise. É comezinho que a competência do Superior Tribunal de Justiça refere-se à matéria infraconstitucional. A discussão sobre preceitos da Carta Maior cabe à Suprema Corte. Assim, inviável o exame do pleito da recorrente, sob pena de se penetrar no exame de matéria cuja competência está afeta à Excelsa Corte, ex vi do artigo 102 da Constituição Federal.

Recurso especial da Fazenda Nacional não-conhecido.

(Recurso Especial REsp 677437 / RN – Data do Julgamento: 22/03/2005)

Ementa: RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. APLICAÇÃO DE MULTA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. SEMESTRALIDADE. LEI COMPLEMENTAR N. 7/70. BASE DE CÁLCULO. CORREÇÃO MONETÁRIA. NÃO-INCIDÊNCIA. SÚMULA N. 83/STJ. TAXA SELIC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356/STF.

1. Refoge ao âmbito do recurso especial o reexame de questão dirimida eminentemente à luz do postulado constitucional da vedação ao confisco (art. 150, IV, da CF), qual seja, a ilegitimidade da aplicação de multa no percentual de 75% nas hipóteses previstas no art. 44 da Lei n. 9.430/96.

[...]

5. Recurso especial não conhecido.

(REsp 645186 / PE - Data do Julgamento: 17/08/2004)

Um outro aspecto curioso e que merece relevo pode ser observado nos precedentes do Pretório Excelso quando, algumas vezes, age como legislador, reduzindo a multa a um patamar que considere adequado, por reconhecer esta assumir feições confiscatórias, conforme ementa colacionada abaixo:

ICM. Redução de multa de feição confiscatória.

Tem o S.TF admitido a redução de multa moratória imposta com base em lei, quando assume ela, pelo seu montante desproporcionado, feição confiscatória.

Recurso Extraordinário n° 91.707 – Data de Julgamento: 29/02/1980

Em que pese não ser autorizado ao Poder Judiciário atribuir um percentual de penalidade em troca daquele considerado confiscatório, é correto admitir que ele, como intérprete último da Constituição, possa

fixar um limite indicativo ao legislador, a fim de adverti-lo para a possível declaração de inconstitucionalidade de previsões superiores a tal limite.

O fim colimado pela lei que impõe uma sanção é punir, com um certo rigor, o contribuinte relapso, garantindo, assim, a igualdade de tratamento entre contribuintes, de forma que aquele que cumpriu com suas obrigações não se sinta desestimulado e prejudicado com a impunidade daquele que faltou com os seus deveres.

Contudo, é sempre recomendável ao legislador empregar bastante cautela ao regular a imposição de sanções, pois, se por um lado não se pode premiar aquele que descumpra a lei, com o incentivo à sonegação fiscal, por outro, não se pode impor sanções extravagantes ao contribuinte, sob pena de terminar reduzindo a receita tributária agregada.

O caráter educativo da sanção já foi destacado por Hugo de Brito Machado, ao compará-la ao prêmio:

A sanção assemelha-se ao prêmio quanto à finalidade. Uma e outro têm por finalidade estimular a conduta desejável. A sanção, pelo desestímulo da conduta indesejável, violadora da norma jurídica. O prêmio, pelo estímulo direto a uma conduta desejável, a conduta que não apenas obedece a norma mas vai além disto, realiza mais do que o decorrente do simples cumprimento de dever jurídico.⁷

De fato, se não houver pertinência entre a penalidade imposta e a infração cometida, ou se a pena for desproporcional à infração tributária praticada, observaremos a instituição de uma multa com caráter confiscatório, o que não é admitido em nosso sistema jurídico, por afronta a princípio expresso na Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou, em julgamento de multas instituídas pelo Estado do Rio de Janeiro para os tributos esta-

⁷ MACHADO, Hugo de Brito. Teorias das sanções tributárias. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord). **Sanções administrativas tributárias**. São Paulo: Dialética, 2004. Cap. 9, p. 161.

duais, pelo reconhecimento da inconstitucionalidade de certas multas, em razão do seu caráter confiscatório:

Ação Direta de Inconstitucionalidade, §§ 2º e 3º do art. 57 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Fixação de Valores Mínimos para Multas pelo Não-recolhimento e Sonegação de Tributos Estaduais. Violação ao inciso IV do art. 150 da Carta da República.

A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal.

Porém, observa-se que definir percentuais de forma a inibir a inadimplência e, ao mesmo tempo, não punir de maneira exacerbada o destinatário da lei, não é uma tarefa fácil.

No caso de interesse a este estudo, vale salientar a edição da Medida Provisória nº 303, de 29 de junho de 2006, que alterou a redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96. Segue, abaixo, o teor do referido artigo, em suas duas versões:

Redação original:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I – de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

(...)

§ 1.º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

(...)

II – isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;

III – isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8.º da Lei 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste.

Redação dada pela Medida Provisória:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I – de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II – de cinquenta por cento, exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8.º da Lei n.º 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física.

Ao comparar as redações acima, observa-se ter havido duas alterações significativas, ambas em favor do contribuinte, como abaixo explicado.

A primeira delas foi a supressão da multa de ofício nos casos de pagamento do tributo após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória (art. 44, I, e § 1º, II, da Lei nº 9.430/96). Essa alteração pretendeu atenuar a cobrança da multa de ofício, quando fosse feito pagamento do tributo com valor da multa de mora, ainda que inferior ao definido pela legislação.

Constatava-se anteriormente que, na tentativa de livrar-se da aplicação da multa de ofício, alguns contribuintes, ao recolherem em atraso, faziam isso sem os devidos acréscimos legais, ou seja, em alguns casos, apenas com os juros de mora; em outros, com valores da multa moratória.

Na aceção deles, somente quando recolhessem o valor do tributo desacompanhado de qualquer parcela da multa de mora, seria aplicável a exigência da multa de ofício.

Entretanto, o sentido da expressão “sem o acréscimo da multa de mora”, presente no dispositivo, somente pode ser verdadeiramente compreendido se forem respeitados os ditames da própria legislação tributária, sob pena de serem criados antagonismos lógicos intoleráveis no sistema jurídico.

Neste caso, deve-se perceber que a multa de mora foi definida pelo art. 61 da Lei nº 9.430/96, com explicitação de sua alíquota variável no tempo e de sua base de cálculo, o que propicia ao contribuinte meios de calcular o acréscimo devido nos casos de atraso. A interpretação deve, pois, reconhecer que “o acréscimo da multa de mora” somente pode consistir naquele feito de acordo com os termos da Lei nº 9.430/96, sob pena de fraude à lei.

Logo, se o contribuinte fizer indicação, por ocasião do recolhimento, de parcela diferente do valor prescrito pela legislação, não pode denominá-la de multa moratória, diante da falta de correspondência aos termos legais expressos. Ele, na verdade, apenas recolhe parcela da multa de mora, o que evidencia a falta de acréscimo da multa de mora devida.

Por isso, poder-se-ia exigir a multa de ofício, quando o contribuinte recolhesse o tributo acompanhado de parcela da multa de mora devida e não o valor certo e determinado definido legalmente pelo artigo já mencionado.

Nesse aspecto, a referida alteração beneficiou o contribuinte, ao retirar do Fisco a possibilidade de aplicar a multa isolada no caso de pagamento do tributo, após o vencimento do prazo, sem o acréscimo da multa de mora. Para estes casos, passou a restar, então, a cobrança dos valores devidos da multa de mora.

De maior interesse ao presente estudo, cabe, agora, tratar da segunda alteração, qual seja, a redução do percentual da multa isolada, nas hipóteses de falta de pagamento mensal devido pela pessoa física a título de carnê-leão ou pela pessoa jurídica a título de estimativa. O legislador entendeu inadequado manter o percentual idêntico aos percentuais exigíveis nos demais casos de falta de recolhimento de tributos.

Ocorre que a Medida Provisória perdeu sua vigência, sem ter sido convertida em lei. Momentos mais tarde, foi editada a Medida Provisória nº 351, de 22 de janeiro de 2007, hoje transformada na Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, que deu, por mais uma vez, nova redação ao art. 44 da Lei nº 9.430/96, cujo teor era idêntico àquele conferido pela Medida Provisória nº 303, de 29 de junho de 2006.

Dada a insistência por parte do legislador em reduzir o percentual referente à multa isolada, é fácil deduzir que houve o reconhecimento da excessividade e da inadequação do percentual anterior, aplicável a essas hipóteses legais de pagamentos preliminares (antecipação de tributos) que ainda serão objeto de uma apuração posterior (definitiva), nos termos da própria legislação.

Em função do caráter preliminar ou antecipatório do Imposto de Renda pago no carnê-leão, que não afeta o dever autônomo de prestar a declaração de ajustes no ano subsequente, poderíamos apresentar as combinações possíveis de condutas dos contribuintes, no seguinte quadro sinótico:

Recolhimento do carnê-leão	Declaração de ajuste	Consequências (em caso de fiscalização)
Não efetua o recolhimento	Não apresenta a declaração dos rendimentos	1. Multa isolada (carnê-leão) sobre o imposto 2. Imposto final apurado + Multa de ofício + juros de mora
Não efetua o recolhimento	Apresenta a declaração dos rendimentos	1. Multa isolada (carnê-leão) sobre o imposto
Efetua o recolhimento	Não apresenta a declaração dos rendimentos	2. Imposto final apurado + Multa de ofício + juros de mora
Efetua o recolhimento	Apresenta a declaração dos rendimentos	Não sofrerá autuação (cumprimento integral da legislação tributária)

Para facilitar a compreensão do tema em questão, é oportuno exemplificar algumas situações hipotéticas relativas ao carnê-leão:

Situação A	Situação B
O contribuinte X recebeu, ao longo do ano-calendário de 2004, exclusivamente, rendimentos sujeitos ao carnê-leão, no valor de R\$ 45.000,00.	O contribuinte Y auferiu a mesma receita.
Por força de lei, ele estava obrigado a pagar, a título de carnê-leão (antecipação), R\$ 3.000,00 (três mil reais), mas assim não procedeu.	O contribuinte Y procedeu da mesma forma.

Por ocasião da declaração de ajuste, em abril de 2005, ele não prestou a declaração de ajuste da pessoa física.	Já Y apresentou a declaração, discriminando todos os seus rendimentos sujeitos ao carnê-leão e pagou o imposto apurado R\$ 2.500,00.
No ano de 2006, ele foi fiscalizado em relação ao ano-calendário em questão. O imposto apurado, de acordo com as deduções a que faz jus na declaração, alcançou R\$ 2.500,00.	Foi também realizado procedimento fiscal para este contribuinte no ano de 2006. Como possui as mesmas receitas e mesmas deduções do contribuinte X, o imposto apurado alcançou também R\$ 2.500,00, valor idêntico ao já declarado espontaneamente.
Ao final da fiscalização, foram feitas as seguintes exigências: a) Cobrança da multa isolada: 50% sobre o valor do imposto do carnê-leão não pago = R\$ 1.500,00 b) Imposto apurado e multa de ofício pelo não recolhimento: como o contribuinte não apresentou a declaração de ajuste, o valor apurado pela fiscalização deverá ser integralmente exigido, por não existir ainda qualquer valor espontaneamente declarado. Assim, deve ser feita a cobrança do imposto apurado (R\$ 2.500,00) e pertinente multa de ofício sobre esse valor (75% x 2.500,00), sem prejuízo dos juros de mora.	Ao passo que para esse contribuinte, foram feitas as seguintes: a) cobrança da multa isolada: 50% sobre o valor do imposto do carnê-leão não pago = R\$ 1.500,00 b) imposto apurado e multa de ofício pelo não recolhimento: não é necessário constituir qualquer valor no auto de infração, pois o valor apurado espontaneamente pelo contribuinte, não restando parcela adicional a cobrar.
No somatório geral, no auto de infração lavrado, o contribuinte X seria cobrado de: a) Multa isolada = R\$ 1.500,00 b.1) Imposto = R\$ 2.500,00 b.2) Multa de ofício = R\$ 1.875,00 b.3) juros de mora = de acordo com a taxa SELIC Total = R\$ 5.875,00 + juros de mora.	Já para o contribuinte Y, o auto de infração alcançaria: a) Multa isolada = R\$ 1.500,00 b.1) Imposto = nihil b.2) Multa de ofício = nihil b.3) juros de mora = nihil Total = R\$ 1.500,00 + juros de mora

Sem dúvida, fica evidenciado o maior sancionamento do contribuinte X (situação A), por conta de sua reiteração de propósito, ao também não ter declarado os rendimentos sujeitos ao carnê-leão na declaração própria.

Entretanto, em nossa opinião, nem sempre quando contribuinte deixa de fazer o recolhimento mensal do tributo (carnê-leão), postergando o seu pagamento para o momento da declaração de ajuste, busca se eximir de recolher o tributo devido, até porque, se assim o fosse, deixaria de apresentar a própria declaração de ajuste, ou apresentaria e não recolheria o tributo, ou, ainda, apresentaria de forma inexata.

Na maior parte das vezes, esse contribuinte, por não ter uma noção exata das prescrições ou das conseqüências previstas na legislação pelo descumprimento da obrigação, termina deixando de efetuar a obrigação. Assim, puni-lo com uma multa em percentuais tão elevados chega a assumir um caráter confiscatório.

Contudo, cabe ressaltar que ele, por força do art. 136 do CTN, não poderá argüir em seu favor o desconhecimento da lei, ou que agiu sem a finalidade de lesar o Fisco, pois a responsabilidade por infrações tributárias independe da intenção do agente ou do responsável.

Ainda assim, restará válida a crítica atual à legislação, mesmo que não se pretenda fazer apologia à inadimplência tributária, tampouco excluir a responsabilidade do contribuinte pela respectiva infração, mas, sim, graduar de forma menos onerosa a sanção imposta. Uma multa, para ser considerada justa, deve, necessariamente, guardar proporcionalidade com a gravidade da infração constatada.

Neste trabalho, pretende-nos apenas questionar se a multa fiscal imputada àquele contribuinte que aufere rendimentos oriundos de trabalho não-assalariado (contribuinte obrigado ao carnê-leão), nos termos atualmente estabelecidos, não estaria em um patamar tão elevado que configurasse verdadeiro confisco.

Ao estabelecer uma comparação entre os tratamentos dispensados a um contribuinte que não recolhe o carnê-leão devido, porém, por ocasião da declaração de ajuste, informa os referidos rendimentos e faz o pertinente pagamento, demonstrando que não tinha a intenção de sonegar informações nem de deixar de recolher o tributo, e aquele contribuinte que tem, por parte da fonte pagadora, imposto retido a maior sobre seus rendimentos, apurando-se, na declaração de ajuste, imposto a ser restituído, torna-se evidente a diferença entre eles.

Ao passo que na primeira situação, o contribuinte estaria sujeito à incidência de elevadas multas de ofício, por outro lado, na segunda, a Fazenda Pública, que não está obrigada legalmente a respeitar qualquer prazo para restituição do imposto, tampouco sujeita a penalidades pela demora na devolução de valor recolhido a maior, mas, tão-somente, aos juros moratórios, que, na sua própria concepção, não passam de uma indenização em decorrência do atraso.

Percebe-se, pois, que não é conferido ao contribuinte e ao Fisco tratamento igualitário, e imputar ao contribuinte multas nesses percentuais causa grande indignação, revelando o caráter injusto da norma, com nítida ofensa ao princípio constitucional da isonomia.

Se, no nosso ponto de vista, é indubitável que a aplicação de uma multa insignificante implicaria um desestímulo ao cumprimento tempestivo das obrigações, não se pode dispensar o mesmo tratamento a um contribuinte que cumpre suas obrigações tributárias em dia e àquele contribuinte desidioso, que procura sempre se furtar de seus deveres.

Contudo, na quase totalidade dos casos, o motivo do não-recolhimento do carnê-leão não é desídia, porém mero desconhecimento de um plexo de normas que nem os especialistas conhecem a todas e, muito menos, perfilham entendimentos convergentes, razão pela qual se torna inadmissível a imposição de multas tão gravosas para tais casos.

O propósito da imposição de uma sanção é fazer com que o contribuinte cumpra de forma adequada e regular sua obrigação. Para tanto, não é necessária a imputação de uma multa com caráter confiscatório.

A Receita Federal do Brasil não aprecia o caráter confiscatório da multa isolada e tem adotado o seguinte posicionamento acerca da incidência da referida multa:

EMENTA: INFRAÇÕES SUJEITAS À MULTA ISOLADA. RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO E NÃO ESPONTÂNEO DO CARNÊ-LEÃO COM MULTA DE MORA. VALOR RESIDUAL. Correta a exigência da multa isolada, quando a pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (“carnê-leão”) deixou de fazê-lo, mesmo nos casos de recolhimento integral do imposto apurado no ajuste anual ou de recolhimento intempestivo do imposto devido mensalmente, com acréscimos moratórios, se efetivado após iniciado o procedimento de ofício.

(Acórdão n.º 1.037, de 29 de abril de 2002 - 4.ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Curitiba)

EMENTA: TITULARES DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. LIVRO CAIXA. DEDUÇÕES. DESPESAS DE CONSUMO. Os Titulares dos Serviços Notariais e de Registro somente podem deduzir no livro Caixa os valores relativos às despesas de consumo que sejam necessárias à percepção do rendimento e à manutenção da fonte produtora e que estejam relacionadas com a atividade profissional exercida. GASTOS COM APLICAÇÃO DE CAPITAL. INDEDUTIBILIDADE. Não são dedutíveis as aplicações de capital, correspondentes aos dispêndios com aquisição de bens necessários à manutenção da fonte produtora, cuja vida útil ultrapasse o período de um exercício, e que não sejam consumíveis. LIVRO CAIXA. DEDUÇÕES. DESPESAS COM TRANSPORTE. As despesas com transporte somente são dedutíveis se forem efetuadas por representante comercial autônomo, e desde que corram por conta destes. LIVRO CAIXA. DEDUÇÕES. MATÉRIA NÃO CONTESTADA. É de se manter o lançamento relativamente às matérias com as quais o contribuinte expressamente concorda. MULTA ISOLADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO

CARNÊ-LEÃO. Relativamente aos rendimentos recebidos a partir de 1º de janeiro de 1997, é cabível a exigência da multa isolada, incidente sobre o valor do imposto mensal devido a título de carnê-leão e não recolhido, inclusive na hipótese de os rendimentos terem sido incluídos na declaração de ajuste anual e de não ter sido apurado imposto a pagar.

(Acórdão n.º 1.321, de 26 de abril de 2002 - 1.ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Recife)

É oportuno salientar que todas essas considerações deveriam ser levadas em conta pelo legislador no momento de elaboração das leis, pois, uma vez ingressada no universo jurídico, não cabe à autoridade fiscal, no gozo de suas funções, fazer análise acerca da justiça ou não da aplicação da multa, visto estar adstrito ao que determinam os dispositivos legais.

4 Responsabilidade por infrações tributárias e sua exclusão por meio do instituto da denúncia espontânea

Conforme já mencionado, a responsabilidade por infrações à legislação tributária, via de regra, não depende da vontade do agente ou do responsável, nem da efetividade, da natureza ou da extensão dos efeitos do ato praticado (art. 136 do CTN), o que se pode inferir que surge com o mero descumprimento das normas tributárias.

O referido dispositivo tem por finalidade, além de evitar que o infrator utilize como argumento a ignorância à lei ou o desconhecimento da exata qualificação jurídica dos fatos e, por conseqüência, alegue que cometeu a infração sem a intenção de ferir o interesse do Fisco, não exigir por parte da Administração Fazendária a prova de que o indivíduo agiu com conhecimento de causa, ou seja, consciente de que sua ação ou

omissão era contrária à lei, e que, se assim procedeu, tinha o objetivo de descumpri-la. Em outras palavras, o aspecto subjetivo do sujeito passivo é irrelevante para a caracterização da infração à legislação tributária.

Trata-se, portanto, de responsabilidade objetiva que, no entanto, poderá ser mitigada com elementos subjetivos, porquanto o legislador excepcionou o mandamento geral, admitindo, pois, que a lei disponha em contrário. Destarte, a despeito de dispensar a pesquisa acerca da intenção do agente infrator ou do responsável, ressalva a existência de disposição legal em contrário. Portanto, o legislador ordinário poderá tipificar condutas puníveis levando em consideração aspectos subjetivos, o que não ocorrerá se a lei ordinária for omissa, quando, então, prevalecerá a responsabilização objetiva como regra geral.

Nessa linha de raciocínio, leciona Luciano Amaro:

[...] parece-nos que não se pode afirmar ser objetiva a responsabilidade tributária (em matéria de infrações administrativas) e, por isso, ser inadmissível todo tipo de defesa do acusado com base na ausência de culpa. O que, em regra, não cabe é a alegação de ausência de dolo para eximir-se de sanção por infração que não requer intencionalidade.⁸

Dentro desse contexto, é interessante demonstrar a seguinte situação:

Contribuinte A	Contribuinte B
Trabalhador autônomo, sujeito ao recolhimento mensal obrigatório, por meio de carnê-leão.	Trabalhador assalariado, cujo tributo é retido pela fonte pagadora.
O contribuinte deixou de proceder ao recolhimento mensal, a que estava obrigado, postergando-o para a ocasião da declaração de ajuste.	O contribuinte não teve imposto retido pela fonte pagadora, embora tivesse rendimento para tanto.

8 AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 9 ed. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 431.

Como houve descumprimento ao dispositivo legal, sofreu a imputação de multa, pela atuação do Fisco.	No que pese ter obtido vantagens financeiras, porquanto não sofreu desconto no salário, como a responsabilidade tributária pelo recolhimento é da fonte pagadora, não há imputação ao contribuinte de qualquer tipo de penalidade.
Contribuinte (recedor) – o crédito tributário constituído por: tributo + juros moratórios + multa isolada.	Contribuinte (recedor) – o crédito tributário é constituído por: tributo; Fonte pagadora – na qualidade de responsável e como a sua obrigação é autônoma – o crédito tributário é constituído por: juros moratórios + multa ofício.

Pode-se inferir do exemplo acima que, enquanto o legislador preocupou-se em punir severamente o contribuinte A – sujeito ao recolhimento pelo carnê-leão-, em razão da simples postergação do recolhimento do imposto para a declaração de ajuste, em relação ao contribuinte B, cujo recolhimento foi também adiado para a mesma ocasião, não teve idêntica preocupação, pois, para este último, não foi definida qualquer obrigação em decorrência da falta de retenção do imposto a cargo da fonte pagadora, ainda que tenha auferido vantagens financeiras.

Sendo assim, em relação ao contribuinte A, seria cobrado o tributo, juntamente com os juros moratórios e multa isolada, e, em face do contribuinte B, apenas o tributo, sem qualquer encargo.

O objetivo da norma que impõe sanções tributárias é evitar condutas que levem ao não-pagamento do tributo ou que dificultem a ação fiscalizadora. Sendo assim, dentro dessa perspectiva, o que se almeja é que o infrator se coloque espontaneamente em situação de regularidade. Tal comportamento é estimulado pelo art. 138 do CTN, ao excluir a responsabilidade por infrações que sejam objeto de denúncia espontânea.

Dispõe o referido artigo que a responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

No entanto, para que se configure a espontaneidade, faz-se necessário que a confissão espontânea ocorra antes do início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização relacionados com a infração, conforme estatui o parágrafo único do art. 138 do CTN.

No dizer de Leandro Paulsen, a denúncia espontânea significa:

[...] a iniciativa do contribuinte que, diante da ignorância do Fisco e antes de ter este iniciado procedimento capaz de o flagrar na ilegalidade, se coloca em situação de regularidade, mediante a revelação da sua condição de infrator e o pagamento do tributo devido com juros, caso em que resta excluída a responsabilidade pelas infrações, ou seja em que resta desonerado de eventuais multas que pudessem vir a lhe ser impostas.⁹

Considerações finais

Todas as controvérsias anteriormente sumariadas revelam, nitidamente, que, se não há uma interpretação consensual entre os especialistas do direito acerca do tema abordado, não é, ao menos, justo exigir daqueles que, desprovidos de conhecimento jurídico, infringem a lei, principalmente quando demonstram não ter intenção de ser eximir de suas obrigações, multas em patamares tão elevados, como os que estão estabelecidos na legislação vigente do Imposto de Renda.

⁹ PAULSEN, Leandro. Denúncia espontânea da infração. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord). **Sanções administrativas tributárias**. São Paulo: Dialética, 2004. Cap. 15, p. 272.

O objetivo do presente estudo foi questionar se a multa fiscal, prevista na legislação em vigor, imputada ao contribuinte que auferir rendimentos provenientes do trabalho não-assalariado - carnê-leão-, quando este deixa de recolher, mensalmente, o imposto de renda a que está obrigado, não possui caráter confiscatório, dada a excessividade dos percentuais a ela atribuídos.

A nosso ver, para uma multa ser considerada razoável, de maneira a não premiar o contribuinte desidioso, nem punir de forma gravosa o contribuinte que descumpra a lei por desconhecer o plexo de normas que, nem mesmo os estudiosos do direito conhecem a todas e nem por isso perfilham entendimentos convergentes, deve guardar proporção com a infração constatada, o que não é o caso daquelas previstas na legislação atual do Imposto de Renda, imputadas aos contribuintes obrigados ao recolhimento do tributo por meio do carnê-leão.

A crítica que ora se faz à atual legislação do Imposto de Renda, no que concerne aos percentuais estipulados para as multas fiscais, decorre da constatação, diante de casos concretos, de quão pesado se torna o referido encargo para o contribuinte que, tão-somente, posterga o recolhimento do imposto para o momento da declaração de ajuste anual.

Sendo assim, observa-se, claramente, não ter havido, por parte do legislador, cautela no momento da elaboração das normas relativas à imputação de sanções tributárias. Além do mais, verifica-se, ao longo do trabalho, que a Administração Fazendária, vinculada à legalidade, vem cometendo um equívoco hermenêutico em deixar de levar em consideração os demais métodos de interpretação das normas jurídicas, além da interpretação gramatical.

Por conseqüência, acaba por contribuir para o aumento no número de demandas no Judiciário, comprometendo a sua atividade e tornando a máquina judicial morosa, por obrigar o cidadão que se socorre do Poder Judiciário a aguardar anos para obter a tutela jurisdicional.

Nesse contexto, procurou-se chamar a atenção para os aspectos mais polêmicos, ao estabelecer um comparativo entre os posicionamentos adotados pelo Fisco e pelo Judiciário, e concluir o trabalho científico alertando para a necessidade de mudanças na atual legislação do Imposto de Renda, no que concerne aos percentuais atribuídos às multas fiscais, a fim de não cometer injustiças e comprometer a sua principal fonte de renda, que são as receitas tributárias.

Income-Tax Payers obliged to pay tax through the carnê-leão (PAYE) system and the disproportional nature of the sanction applied for non-compliance with this obligation.

Abstract

Tax-payers from whom Income Tax is collected by way of the carnê-leão (PAYE) system may be subject to high fines, despite their evident interest in not withholding information from the tax collector, and for not attempting to evade due payment of tax. This study questions whether the fine, imposed on the tax payer who receives income from non-salaried employment has a confiscatory character, and also seeks to verify the possibility of using the procedure of

spontaneous self-denunciation, whose purpose is to remove the need to pay the aforementioned fines. An effort is made to point out the most controversial aspects, by comparing the positions adopted by the tax collector and by the judiciary, and it is concluded that there is a need for changes to the current.

Key-words: Income tax. Tax fines. Carnê-leão, PAYE.

Referências

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BORGES, José Souto Maior. Relações entre tributos e direitos Fundamentais. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord). **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004. Cap. 2.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a Renda: perfil constitucional e temas específicos**. 2. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

DALLAZEM, Dalton Luiz. O princípio constitucional tributário do não-confisco e as multas tributárias. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord). **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004. Cap. 2.

FARÁG, Cláudio Renato do Canto. **As limitações constitucionais ao poder de tributar e sua aplicabilidade às multas fiscais**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2170>>. Acesso em: jul.2007.

HORVATH, Estevão. **O princípio do não-confisco no direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. Teorias das sanções tributárias. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord). **Sanções administrativas tributárias** São Paulo: Dialética, 2004. Cap. 9.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sanções Tributárias. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord). **Sanções Administrativas Tributárias**. São Paulo: Dialética, 2004. Cap. 11.

PAULSEN, Leandro. Denúncia Espontânea da Infração. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord). **Sanções administrativas tributárias**. São Paulo: Dialética, 2004. Cap. 15.

Referência deste artigo

NOYA, Sílvia Carolina Buarque de Gusmão, João Hélio de Farias Moraes Coutinho, Raymundo Juliano Rêgo Feitosa. Contribuintes do Imposto de Renda obrigados ao recolhimento pelo carnê-leão e a desproporcionalidade da sanção aplicada pelo descumprimento dessa obrigação. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 525-562, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

Adequação das hipóteses de rejeição da inicial acusatória e o surgimento do julgamento antecipado do processo, pró réu, após a reforma do Código de Processo Penal trazida pela Lei nº 11.719/08

Tiago Maggi de Sousa

Servidor público do Ministério Público de Pernambuco;
Pós-graduando em Direito Público pela Universidade
Cândido Mendes/ Praetorium – Instituto de Ensino,
Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito.

Resumo

Baseado na teoria do garantismo penal, preconizado por Luigi Ferrajoli, o estado democrático de direito tende a assegurar os direitos e as garantias fundamentais do indivíduo para realização de uma vida digna. O presente artigo tem por objetivo analisar alguns aspectos da recente reforma do Código de Processo Penal trazida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, a qual revogou vários dispositivos e alterou inúmeras regras de procedimento do citado código de ritos. Acrescente-se que a abordagem técnica aqui tratada é relativa à adequação das hipóteses de rejeição da inicial acusatória (denúncia ou queixa crime), gerada pela utilização de terminologia técnico-jurídica mais apropriada no novo art. 395 e conseqüente revogação do antigo

art. 43, bem ainda a realocação das antigas hipóteses de rejeição da inicial acusatória previstas no art. 43, as quais passaram a ser tratadas como hipóteses de absolvição sumária no art. 397, e a conseqüente ampliação das hipóteses de julgamento antecipado da lide, pró réu, no processo penal, para todos os procedimentos, a exemplo do que já acontecia no procedimento específico de julgamento pelo Tribunal do Júri, perante tribunais superiores e para crimes funcionais.

Palavras-chave: Direito Penal. Garantismo. Dignidade. Julgamento antecipado.

1 Introdução

Com a recente alteração do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41) pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, a possibilidade de efetivar o julgamento antecipado da lide no processo penal ganha força, haja vista que as antigas hipóteses de rejeição da inicial (previstas no revogado art. 43) passaram a ser tratadas como hipóteses que fundamentam a absolvição sumária do acusado, que é uma decisão de mérito e se caracteriza, a princípio, como julgamento antecipado da lide.

Assim, com o surgimento da resposta preliminar à acusação criminal, trazida pelo novo art. 396, observa-se o alargamento de garantias processuais, ocasião em que o acusado poderá se defender antes do início da audiência de instrução e julgamento, refutando preliminarmente a acusação, evitando com isso o desgaste proporcionado pela participação em um processo criminal, caso haja esteja presente algum dos motivos ensejadores da sua absolvição sumária, situação que evita as inúmeras distorções e lesões morais dos acusados acobertados pelas hipóteses acima referidas.

É visível que o legislador trouxe maior adequação técnica e precisão terminológica para as hipóteses que anteriormente eram consideradas fundamento para a rejeição da inicial acusatória e atualmente consideradas como hipóteses autorizadoras da absolvição sumária (julgamento antecipado da lide) no processo penal, tendo em vista que, inegavelmente, são hipóteses em que há análise do mérito da causa.

Com a ampliação de garantias e provável encurtamento do tempo processual, o processo penal passou a focar a pessoa do acusado, assegurando-lhe o que foi preconizado pela teoria do garantismo penal de FERRAJOLI¹, ao passo em que se apresenta como uma forma de

1 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Trad: Zomer, Ana Paula, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

assegurar o mínimo de mal estar para o indivíduo delinqüente agraciado com uma das hipóteses de absolvição sumaria.

Tivemos a revogação expressa do art. 43 do CPP e a assunção, por parte do novo artigo 395, do papel de rotular as hipóteses autorizadoras da rejeição liminar da inicial acusatória (denúncia ou queixa).

Não obstante parecerem novas, porque só agora tratadas de forma discriminada, tais hipóteses já existiam anteriormente e eram enfrentadas pela doutrina e jurisprudência que traziam as condições da ação.

Nessa esteira, a doutrina clássica difundia que eram três as condições da ação penal, no entanto, a doutrina mais moderna, a exemplo de Mirabete², Guilherme Nucci³, Fernando Capez⁴ e Afranio Jardim⁵, defende a existência de quatro condições para ação penal acrescentando, além daquelas há muito tratadas, a justa causa para ação penal, cuja nota caracterizadora é a existência de base mínima probatória para deflagrar a persecução penal, ou seja, a justa causa exige a presença de tipicidade da conduta, a não incidência de causa de extinção da punibilidade ou presença de indícios de autoria e de prova sobre a materialidade do delito, tendo em vista que a simples instauração de um processo penal já atinge a dignidade da pessoa humana do acusado. Acrescente-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁶ aceita tranquilamente a justa causa como condição da ação.

Concluindo, mesmo inexistindo exigência legal para a presença da justa causa, ela era tratada pela doutrina e jurisprudência como uma condição da ação, logo, como hipótese que fundamentava a rejeição da inicial inserida no revogado art. 43, inciso III do CPP, haja vista que tal

2 MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 103 a 108.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

4 CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – parte geral. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. I, p. 551

5 JARDIM, Afranio Silva. **Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

6 **HABEAS CORPUS 81611/DF, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 10/12/2003, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJU 13-05-2005, PP-00006, EMENT VOL-02191-1 PP-00084.**

dispositivo não discriminava quais eram as condições da ação hábeis a gerar a rejeição da denúncia, tratando-as genericamente.

Antenado com os ensinamentos doutrinários e com a evolução da jurisprudência em relação ao tema, o legislador traz para a legislação de regência a justa causa como hipótese de rejeição da inicial acusatória, reconhecendo expressamente a sua existência e contemplando o que há muito já se debatia e afirmava ao seu respeito, posicionando-a num patamar de destaque na temática das condições da ação.

Por fim, importante consignar que as hipóteses de rejeição da inicial acusatória não se confundem com as hipóteses de absolvição sumaria, isso porque ao se falar de rejeição da inicial, estamos diante de um vício formal maculador do processo e impeditivo do seguimento da ação penal, sem, nem mesmo, adentrar na análise do mérito, podendo, inclusive, haver a repropositura da ação quando o vício for corrigido. Já os casos de absolvição sumária, observando as hipóteses contempladas na lei, é visível que sempre haverá a análise do mérito pelo juiz, fazendo, assim, coisa julgada material, motivo pelo qual não poderá haver a repropositura da ação penal.

Atualmente, após a reforma, o legislador posicionou os institutos nos seus dispositivos apropriados, considerando, para tanto, como nota caracterizadora, a análise ou não do mérito, separando os institutos, agrupando-os de acordo com a sua natureza. Logo, houve uma adequação dos institutos, não se tratando, porém, de grande inovação e sim de uma readequação topográfica que imprime maior didática na estrutura da legislação adjetiva, ressaltando a importância de institutos abreviadores do procedimento que até então não possuíam análise específica nem a devida importância como formas de viabilizar as garantias do cidadão.

2. Garantismo penal e princípio da dignidade da pessoa humana

2.1 Garantismo Penal

A acepção jurídica da expressão garantismo nada mais é do que assegurar direitos, privilégios e isenções, conferidos aos cidadãos pela constituição.

Desde a evolução das sociedades e o surgimento do Estado, sempre houve uma antítese entre as liberdades do homem e o poder do Estado, no qual o poder estatal sempre preponderou sobre o do cidadão, gerando a incessante perseguição de proteções, direitos, privilégios e isenções. O cidadão sempre almejou a ampliação do espectro das liberdades públicas com a conseqüente diminuição do poder e do arbítrio estatal, o que só foi possível com o surgimento e evolução do estado democrático de direito.

Para tanto, o garantismo surgiu como um ponto de equilíbrio entre o modelo antiliberal, punitivo, cuja característica é o abuso do direito de punir e o modelo da liberdade total, do completo abolicionismo. O garantismo, portanto, se apresenta como uma liberdade regrada, não é punição abusiva nem liberdade absoluta, devendo equalizar a normatização estatal com as práticas sociais fundadas nas normas impostas pelo próprio Estado. Na verdade, a idéia garantista é viabilizar o Estado democrático de direito como aquele que impõe as leis, cumprindo-as e fazendo-as cumprir.

Ferrajoli⁷ propõe a utilização de método para chegar a esse ponto de equilíbrio que são as técnicas de minimização do poder institucionalizado, assegurando a efetivação de garantias fundamentais e a conseqüente redução do poder e do arbítrio do Estado. No enfoque

7 FERRAJOLI, Op. Cit.

criminal, destaca que as atuações estatais (administrativas e policiais) andam em descompasso com os preceitos estabelecidos nas normas jurídicas impostas pelo próprio estado.

A influência da construção garantista atinge a esfera política estatal, reduzindo a violência e ampliando as liberdades, a partir de um plexo de normas jurídicas que asseguram ao cidadão garantias primordiais para o pacífico convívio com os seus semelhantes e com o próprio Poder Público ao passo em que confere ao estado o poder de punir.

Na sua essência, portanto, o garantismo preconiza o aumento das garantias do cidadão para proteção contra o arbítrio estatal, conferindo o máximo de bem estar para o cidadão não delinqüente e o mínimo de mal estar para o cidadão delinqüente, propondo mecanismos para proteção do inocente e a reinserção do delinqüente no convívio social.

2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Com a Constituição Cidadã de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro elevou o princípio da dignidade da pessoa humana ao *status* de núcleo axiológico da constituição, motivo pelo qual é um núcleo intangível o qual jamais pode ser afetado e merece a proteção de todos, principalmente do estado.

A dignidade da pessoa humana não pode ser enquadrada como um direito, nem mesmo direito fundamental. Na verdade, ela é um atributo do ser humano que, desde o seu nascimento, já tem assegurada a vida humana digna. Essa é a idéia obtida da leitura do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10/12/1948: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. Ou seja, o ser humano, pelo simples fato de nascer com vida, já possui esse atributo e pode exigir de todos a viabilidade da vida

humana digna. No caso, o ser humano se diferencia dos demais seres por possuir esse atributo.

É considerada como núcleo axiológico porque orienta a aplicação de todos os direitos fundamentais, os quais, aliás, foram veiculados para promover, proteger e respeitar a dignidade da pessoa humana. Nada mais fez o Constituinte originário do que impor o dever de proteção e promoção dessa dignidade ao elevá-la ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil.

Tal atributo essencial à condição de ser humano possui como conteúdo o dever de abstenção, por parte dos atores sociais, no sentido de se absterem de considerar o ser humano como um instrumento para a realização de determinados fins. Na verdade, tal atributo pretende tratar o ser humano como um fim em si mesmo e não como um instrumento desprezível para obtenção de finalidades lícitas ou ilícitas. Assim, a dignidade da pessoa humana se materializa quando o ser humano é tratado como um fim, sem expressão de desprezo.

Além desse dever de abstenção, dever de o indivíduo não ser tratado como instrumento desprezível, temos o dever de assegurar o mínimo de prestações materiais para a observância do *status dignitatis* do indivíduo, as quais se caracterizam como um conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma vida humana digna.

Portanto, o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana possui esses dois enfoques, dever de abstenção e dever de assegurar o mínimo de bens e utilidades indispensáveis a uma vida digna, e se relaciona com a temática abordada ao passo em que a abreviação de um procedimento desgastante, como é o processo penal, se insere no âmbito desse conteúdo, resgatando a dignidade da vida humana de um indivíduo acusado em processo penal.

3 Rejeição da inicial e julgamento antecipado da lide

Seguindo a sistemática do revogado art. 43, do CPP, o art. 395, trazido pela reforma em análise, trata dos casos de rejeição da inicial acusatória, elencando as hipóteses de rejeição da inicial de forma agrupada, ou seja, separa as rejeições em três grandes grupos, quais sejam: a) inépcia da inicial; b) ausência de pressuposto processual ou condição da ação penal; c) ausência de justa causa.

Com tal sistemática, o legislador mantém a natureza exemplificativa do rol legal, o que parece ser um grande acerto, haja vista ser importante existir abertura para o surgimento de novas hipóteses de rejeição da inicial acusatória, considerando-se, por óbvio, a dinâmica das relações sociais e a evolução das garantias do cidadão. Na prática teremos uma janela sempre aberta para a evolução legislativa, dando passagem às interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, garantido uma dinâmica ao direito processual penal, evitando a nefasta e danosa estática que atinge o sistema normativo brasileiro.

Observa-se, portanto, a inexistência de grandes alterações/ inovações nas hipóteses de rejeição da inicial e sim simples adequação do direito processual penal tornando-o mais operativo e simples, na trilha dos institutos jurídicos do processo civil e o surgimento do julgamento antecipado da lide penal pró réu.

3.1 Rejeição da inicial acusatória (denúncia ou queixa)

No processo civil a rejeição liminar da inicial é chamada de indeferimento da petição inicial, logo, a rejeição da inicial acusatória no processo penal equivale ao indeferimento liminar da petição inicial no

processo civil. Confirmando este silogismo, de uma simples análise das hipóteses legais de indeferimento da petição inicial, contidas no art. 295 do CPC, temos que a atual previsão contida no Código de Processo Penal guarda perfeita sintonia, para não dizer simetria, com as hipóteses do Código de Processo Civil, isso porque a inépcia da inicial, a falta de condições da ação e de pressupostos processuais são as hipóteses para o indeferimento/rejeição da inicial, tanto no processo civil quanto no processo penal.

Com isso, percebe-se a equalização e aproximação das disciplinas no aspecto legislativo, ou seja, o direito processual como um todo está se tornando mais operativo e os conhecimentos obtidos numa disciplina servirão para o outro ramo de conhecimento. Nesse passo, os grandes grupos de hipóteses fundamentadoras da rejeição da inicial, referidos no início, possuem tronco comum na teoria geral do processo.

3.1.1 Inicial manifestamente inepta (inciso I, art. 395, CPP)

A inépcia, segundo a teoria geral do processo, é um defeito da inicial relacionado ao pedido ou à causa de pedir. Não se pode confundir com qualquer hipótese de rejeição da inicial, porque a inépcia é uma das hipóteses de indeferimento, ou seja, o gênero é rejeição da denúncia ou queixa, dentro do qual se insere a espécie inépcia. Logo, a inépcia é o fundamento para a rejeição da inicial acusatória.

As hipóteses da inépcia estão previstas no parágrafo único do art. 295 do CPC, e a inépcia se configura quando: a) faltar pedido ou causa de pedir; b) da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; c) o pedido for juridicamente impossível; d) contiver pedidos incompatíveis entre si.

Assim, presente qualquer situação de manifesta inépcia, o juiz deverá rejeitar a denúncia ou queixa com base no disposto no art. 395, inciso I, do CPP. Atente-se para o fato de tal rejeição ocorrer liminarmente, ou seja, se houver manifesta inépcia, o juiz deverá rejeitar a denúncia ou queixa sem ouvir o acusado. Nesse passo, é possível afirmar que se a inépcia não for manifesta, o juiz deve dar continuidade ao processo, fazendo vigorar, nessa situação, o *in dubio pro societatis*.

3.1.2 Ausência de condição da ação ou pressuposto processual (inciso II, art. 395, CPP)

Outra hipótese que fundamenta a rejeição da inicial ocorre quando houver ausência de pressuposto processual ou condição da ação penal. Tal hipótese está prevista no inciso II, do art. 395, CPP, e pode ser subdivida em dois blocos, o das condições para o exercício da ação penal e o dos pressupostos processuais.

3.0.0.1 Ausência de condição da ação

No primeiro bloco, condições da ação, para ser viável a propositura da ação é necessária a presença da possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade para agir, sendo estas as três condições da ação tradicionalmente elencadas pela doutrina. Mas a doutrina e a jurisprudência já acrescentavam a justa causa como a quarta condição da ação, entendimento que foi agasalhado pela reforma.

3.1.2.1.1 Possibilidade jurídica do pedido

Verifica-se a possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão do autor se refere à providência admitida pelo direito objetivo, ou seja, o direito material tem que admitir o pedido. Em tal verificação, analisará se, em tese, o direito objetivo material reclamado no pedido de prestação jurisdicional penal é admissível, ou seja, é preciso que o pedido possa, abstratamente, ser acolhido, sendo possível, tal condição da ação estará preenchida. Aqui é o momento onde será analisado se o fato narrado na inicial acusatória evidentemente constitui crime, caso não haja crime, o juiz deverá rejeitar a inicial acusatória com base no art. 395, inciso II, do CPP.

Alerte-se para a reforma do CPP, trazida pela Lei nº 11.719/08, que inseriu nas hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa a manifesta inépcia da inicial (art. 395, inciso II, do CPP), já analisada acima, onde se observa uma aparente antinomia da norma reformadora. Ou seja, a olhos descuidados, aparentemente, o legislador reformador tratou coisas idênticas em dispositivos diferentes.

No entanto, é imperioso distinguir as hipóteses. Assim, quando a rejeição da inicial acusatória ocorrer por manifesta impossibilidade jurídica do pedido, verificada de plano, o fundamento será a inépcia (inciso I, art. 395, CPP), quando for por verificação posterior da impossibilidade jurídica do pedido ou a ocorrência de causa superveniente impossibilitante, o fundamento será a carência de ação por ausência de condição da ação (inciso II, art. 395, CPP), relativa à ausência de justa causa.

3.1.2.1.2 Interesse de agir

O interesse de agir é analisado pelo juiz de acordo com a formulação da pretensão. Neste sentido, avaliar-se-á se a pretensão posta em juízo é necessária e adequada à satisfação do interesse contido no direito

Assim, presente qualquer situação de manifesta inépcia, o juiz deverá rejeitar a denúncia ou queixa com base no disposto no art. 395, inciso I, do CPP. Atente-se para o fato de tal rejeição ocorrer liminarmente, ou seja, se houver manifesta inépcia, o juiz deverá rejeitar a denúncia ou queixa sem ouvir o acusado. Nesse passo, é possível afirmar que se a inépcia não for manifesta, o juiz deve dar continuidade ao processo, fazendo vigorar, nessa situação, o *in dubio pro societatis*.

3.1.2 Ausência de condição da ação ou pressuposto processual (inciso II, art. 395, CPP)

Outra hipótese que fundamenta a rejeição da inicial ocorre quando houver ausência de pressuposto processual ou condição da ação penal. Tal hipótese está prevista no inciso II, do art. 395, CPP, e pode ser subdividida em dois blocos, o das condições para o exercício da ação penal e o dos pressupostos processuais.

3.0.0.1 Ausência de condição da ação

No primeiro bloco, condições da ação, para ser viável a propositura da ação é necessária a presença da possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade para agir, sendo estas as três condições da ação tradicionalmente elencadas pela doutrina. Mas a doutrina e a jurisprudência já acrescentavam a justa causa como a quarta condição da ação, entendimento que foi agasalhado pela reforma.

3.1.2.1.1 Possibilidade jurídica do pedido

Verifica-se a possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão do autor se refere à providência admitida pelo direito objetivo, ou seja, o direito material tem que admitir o pedido. Em tal verificação, analisará se, em tese, o direito objetivo material reclamado no pedido de prestação jurisdicional penal é admissível, ou seja, é preciso que o pedido possa, abstratamente, ser acolhido, sendo possível, tal condição da ação estará preenchida. Aqui é o momento onde será analisado se o fato narrado na inicial acusatória evidentemente constitui crime, caso não haja crime, o juiz deverá rejeitar a inicial acusatória com base no art. 395, inciso II, do CPP.

Alerte-se para a reforma do CPP, trazida pela Lei nº 11.719/08, que inseriu nas hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa a manifesta inépcia da inicial (art. 395, inciso II, do CPP), já analisada acima, onde se observa uma aparente antinomia da norma reformadora. Ou seja, a olhos descuidados, aparentemente, o legislador reformador tratou coisas idênticas em dispositivos diferentes.

No entanto, é imperioso distinguir as hipóteses. Assim, quando a rejeição da inicial acusatória ocorrer por manifesta impossibilidade jurídica do pedido, verificada de plano, o fundamento será a inépcia (inciso I, art. 395, CPP), quando for por verificação posterior da impossibilidade jurídica do pedido ou a ocorrência de causa superveniente impossibilitante, o fundamento será a carência de ação por ausência de condição da ação (inciso II, art. 395, CPP), relativa à ausência de justa causa.

3.1.2.1.2 Interesse de agir

O interesse de agir é analisado pelo juiz de acordo com a formulação da pretensão. Neste sentido, avaliar-se-á se a pretensão posta em juízo é necessária e adequada à satisfação do interesse contido no direito

subjetivo do seu titular. Por conta disso, pode-se dizer que é uma condição da ação examinada sob três prismas.

Primeiro o da **utilidade**, pois é preciso que o demandante demonstre o proveito trazido pelo manejo do processo, ou seja, demonstre a existência de algum resultado prático, enfim, alguma utilidade. Isso porque o Estado de Direito não admite uma causa que não gere qualquer proveito ao demandante.

Segundo o da **necessidade**, a qual exige a demonstração de que o processo é necessário para obtenção da utilidade pretendida. Para examinar se há utilidade ou necessidade é preciso sempre efetivar uma análise casuística. Em síntese, é a análise da necessidade do uso das vias judiciais para obtenção da tutela. Lembrar que existem algumas ações necessárias por natureza, cuja necessidade é presumida, pois a tutela só pode ser alcançada pela intervenção do estado-juiz, a exemplo do processo penal no rito ordinário, em que a pena (exercício do *jus puniendi* estatal) só será obtida após o devido processo legal, observadas todas as suas garantias. Desta forma, conclui-se pela necessidade do processo criminal para efetivação do *jus puniendi*.

O terceiro prisma analisado é o da **adequação** do procedimento escolhido e da providência solicitada. Se o procedimento escolhido ou a providência requerida não são adequados à utilidade pretendida, faltará interesse de agir no que diz respeito à adequação, gerando a rejeição da inicial por carência de ação.

Falar de interesse de agir no processo penal é suscitar um tema bastante discutido na doutrina e na jurisprudência: a prescrição antecipada da pretensão punitiva estatal, a qual é definida como a prescrição da pretensão punitiva estatal verificada com base na pena que supostamente será imposta na sentença em caso de condenação.

Verifica-se, apenas ao final do processo, que a pena aplicada em concreto já estava prescrita desde o início da ação penal, motivo pelo

qual os entusiastas deste instituto defendem-no, afirmando a previsibilidade de prescrição, desde o início do processo e caso tivesse sido acolhida, *ab initio*, geraria imensa economia processual e evitaria o desgaste do acusado, em plena observância aos postulados da dignidade da pessoa humana, economia e celeridade processuais, evitando, assim, esforços processuais desnecessários em busca de uma punição que não passaria de mero desgaste judicial desprovido de efetividade.

Não obstante a tal posição doutrinária muito respeitável e pertinente, defendida por Fernando Capez⁸ e Rogério Grecco⁹, a jurisprudência dos tribunais superiores (STF e STJ)¹⁰, bem como dos demais tribunais do país, vêm, diuturnamente, rejeitando o acolhimento da prescrição virtual por absoluta falta de previsão legal, bem como porque viola os princípios da obrigatoriedade da ação penal, da ampla defesa e da presunção de não-culpabilidade.

Apesar, como dito, dos tribunais não aceitarem a prescrição antecipada alguns membros do Ministério Público aceitam a tese e dão plena aplicabilidade ao instituto da prescrição virtual promovendo o arquivamento de inquéritos policiais com base em tal fundamento e pedindo o trancamento de ação penal por ausência de justa causa, face a perspectiva de ocorrência de uma prescrição no futuro, o que se coaduna com disciplina processual penal inaugurada após a reforma do CPP.

3.1.2.1.3 Legitimidade das partes para agir

É a análise da pertinência subjetiva da ação, ou seja, aqui interessa os sujeitos envolvidos na ação. Caracteriza-se por ser o poder jurídico

8 CAPEZ, Op. Cit., p. 551

9 GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal** – parte geral. 6.ed. Rio de Janeiro: Impetus, s.d. v.l, p.807-8.

10 RECURSO EM HABEAS CORPUS nº86950/MG, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Órgão Julgador: Segunda Turma, STF - Julgamento: 07/02/2006. Publicação DJ 10/08/2006, PP-00028, EMENT VOL-02241-03, PP-00441, RJSP v. 54, n. 346, 2006, p. 157-161

que autoriza o indivíduo a ser sujeito integrante do contraditório, discutindo determinada relação jurídica. É uma capacidade para praticar atos. É a análise daqueles que podem ser parte na ação penal.

Na ação penal, no pólo ativo da demanda, figurando como sujeito ativo, sempre temos o Estado, haja vista ser ele o único titular do *jus puniendi*. Corroborando tal assertiva, o interesse-necessidade como condição para ação penal, leva a concluir pela necessidade da ação penal para a aplicação da reprimenda penal, sem a qual não poderá alcançá-la.

No pólo passivo pode figurar qualquer pessoa do povo, desde que tenha relação específica com a participação no fato delituoso descrito na inicial acusatória, motivo pelo qual é exigido o mínimo de lastro probatório, por meio de indícios de autoria e de materialidade, já que o réu se defende dos fatos a ele imputados e não da capitulação do delito.

É imperioso lembrar o instituto da legitimação extraordinária, cuja caracterização ocorre quando a lei eventualmente outorga a terceiros o direito de exercer a ação, sem, contudo, outorgar o *jus puniendi*, o qual sempre permanecerá com o estado. É o que acontece com a ação penal privada, na qual o ofendido defende direito alheio em nome próprio, ou seja, defende o *jus puniendi* pertencente ao estado com exclusividade, em nome próprio, haja vista figurar como titular da ação penal privada com interesses reparatórios.

3.1.2.1.4 Justa causa

A idéia de justa causa foi sedimentada por Afrânio Silva Jardim¹¹ e sempre tratada como uma quarta condição para o exercício da ação penal pela doutrina. Tal posicionamento também foi aceito pela jurisprudência dos tribunais e, atualmente, diante de sua importância, a justa causa foi incorporada à legislação processual penal como hipótese isolada de rejeição da inicial acusatória, o que será visto mais adiante.

¹¹ JARDIM, Op. Cit.

3.1.2.2 Ausência de pressupostos processuais

São os requisitos para existência, os requisitos de validade e as condições de eficácia (desenvolvimento válido e regular) de uma relação jurídica processual e são divididos da seguinte forma:

Pressupostos processuais de existência:

- 1) objetivos → estão relacionados com os atos processuais e a existência de demanda
- 2) subjetivos → estão relacionados com os sujeitos intervenientes no processo. Em relação a autor e réu, temos capacidade de ser parte como pressuposto processual. Em relação ao Juiz devemos ter um órgão investido na jurisdição.

Pressupostos processuais de validade:

- 1) subjetivos → em relação ao Juiz (competência e imparcialidade) e em relação às partes (capacidade processual, capacidade para estar em juízo e capacidade postulatória)
- 2) objetivos → respeito ao formalismo processual e ausência de perempção, litispendência, coisa julgada, convenção de arbitragem, etc. Abrange os requisitos negativos e positivos.

No que tange aos pressupostos processuais, observamos a semelhança da disciplina no processo penal com a do processo civil, motivo pelo qual tais pressupostos não serão aqui aprofundados, haja vista a lei reformadora do CPP não trazer nenhuma novidade para tal tema, lembrando, por oportuno, que a ausência de qualquer pressuposto processual ocasionará, segundo disposto no inciso II, do art. 395, do CPP, a rejeição da inicial acusatória.

3.1.3 Ausência de justa causa para o exercício da ação penal (inciso III, art.395, CPP)

Como dito acima, Afrânio Silva Jardim¹², trouxe para o processo penal a idéia de obrigatoriedade da presença da justa causa para o exercício da ação penal como sendo a existência de base mínima probatória, ou seja, para iniciar uma ação penal devemos observar a presença da tipicidade e um mínimo de indícios a respeito da autoria e prova da materialidade do delito.

Diante da importância de tal instituto, a justa causa foi erigida ao patamar de quarta condição da ação, não se inserindo no âmbito da análise do interesse de agir e, segundo Mirabete¹³ e Nucci¹⁴, ela espelha uma síntese das condições da ação que se não estiverem presentes, não haverá justa causa para o exercício da ação penal, motivo pelo qual a inicial acusatória deverá ser rejeitada liminarmente.

Quando o legislador inseriu a justa causa como condição da ação, ele corroborou tal entendimento, pacificando a discussão e sedimentando o entendimento de que a justa causa é uma síntese das condições da ação, delas estando desatrelada, apesar de ter íntima ligação.

Entende-se por lastro mínimo probatório, a comprovação, de plano, da tipicidade da conduta, da não incidência de causa de extinção da punibilidade, da presença de indícios de autoria e de prova sobre a materialidade do delito. Em suma, temos uma síntese das condições da ação anteriormente analisadas, caso não estejam presentes, geram a rejeição da inicial acusatória pela ausência de justa causa para o exercício da ação penal, o que agora é albergado pela legislação adjetiva.

12 Idem.

13 MIRABETE, Op. Cit., p. 106.

14 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 5.ed. São Paulo: 2006.

Conclui-se, portanto, que a justa causa é uma condição confirmatória das demais exigindo a presença de requisitos mínimos para submissão do cidadão ao vexatório e tortuoso caminho do processo penal que, indubitavelmente, afeta o seu *status dignitatis*.

Assim, as decisões que antigamente extinguíam ou trancavam a ação penal por ausência de justa causa, com base na falta de condição da ação, agora passarão a ter fundamento legal próprio. Ou seja, apesar de a justa causa, há muito, ser fundamento para a extinção ou trancamento da ação penal, agora ela tem fundamento legal próprio, o inciso III, do art. 395, do CPP, deixando, pois, de ser enquadrada no inciso veiculador do gênero condições da ação.

Na prática, portanto, não haverá alteração significativa porque o fundamento para extinção ou trancamento de ação penal continuará sendo a justa causa, bem com a inclusão da justa causa na lei é uma consequência da construção doutrinária e jurisprudencial que já estava sedimentada, é uma absorção, pelo legislador, da construção doutrinária e jurisprudencial muito aceita e difundida.

Finalizando a análise das “novas” hipóteses de rejeição da inicial acusatória, conclui-se pela inexistência de alterações significativas no rol do art. 395, haja vista que as hipóteses agora tratadas já geravam a rejeição inicial, havendo, no entanto, a readequação topográfica das antigas hipóteses, cuja análise será realizada no tópico seguinte, e um agrupamento de situações com objetivo de tornar a matéria mais simples e operativa.

3.2 Julgamento antecipado da lide no processo penal

Trata-se de tema bastante controvertido na doutrina e jurisprudência. Verifica-se, pois, que as hipóteses de abreviação procedimental até então existentes no ordenamento jurídico, a exemplo dos procedimen-

tos dos crimes de competência do Tribunal do júri, bem como do julgamento de competência originária dos Tribunais Superiores, após a reforma foram ampliadas para todo e qualquer procedimento penal¹⁵, exceto para os procedimentos especiais que possuem disposições incompatíveis com o novo regramento.

De tal análise, conclui-se, de logo, a compatibilidade do instituto do julgamento antecipado com o sistema processual penal, tanto que sua existência na atualidade é inegável. Idéia confirmada pela recente reforma do CPP trazida pela Lei nº 11.719/08, cujo art. 397 prevê, expressamente, hipóteses para abreviação da lide penal, se não nos moldes do julgamento antecipado previsto no CPC, mas, indiscutivelmente, garantindo ao denunciado a abreviação do procedimento penal, sempre que haja convicção a respeito de sua inocência.

É sabido que o Código de Processo Penal não disciplina expressamente instituto do julgamento antecipado da lide, como fez o Código de Processo Civil, em seu art. 330, inserido no Capítulo V: “Do julgamento conforme o estado do processo”, Seção II: “Do julgamento antecipado da lide”. Por isso a questão parece encontrar resistência perante os Tribunais e alguns doutrinadores, decorrente de certo receio, por parte dos juristas, em afastar a cogência de garantias e princípios constitucionais norteadores da persecução penal, fruto da cultura processual conservadora que não se coaduna com os ditames da doutrina garantista quando permite a abreviação procedimental para evitar o agravamento da situação de mal estar do acusado.

Acrescente-se, no entanto, a necessidade de preservar tais garantias e princípios norteadores do processo penal para os casos de condenação criminal, ou seja, sem sua observância, não é possível haver condenação criminal pelo simples fato de integrarmos um estado democrático

15 FUDOLI, Rodrigo de Abreu. **Inovações referentes a procedimentos penais**. Lei nº 11.719/2008. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 12, n. 1820, 25 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11429>>. Acesso em: 27 set. 2008

de direito, o qual elabora e dá eficácia/efetividade às suas leis, além da imperiosa necessidade de respeito à liberdade do cidadão, que nasce livre e igual em dignidade e direitos.

Antes da reforma do CPP, alguns juristas¹⁶ defendiam a possibilidade de, inclusive, condenar o acusado em sede de antecipação do julgamento da lide quando houvesse confissão nos interrogatórios policial e judicial, bem como que tal confissão estivesse em consonância com as provas produzidas nos autos. Defendia que após o interrogatório, se o juiz estivesse convencido da responsabilidade do acusado pela prática do delito, com base na confissão confirmada pelas provas existentes nos autos, deveria condená-lo, de imediato, abreviando o procedimento, evitando desgastes e o seguimento do processo com a realização da audiência de instrução e julgamento.

No entanto, tal posição, após a reforma do CPP em junho/2008, parece ter sido sepulta, haja vista que o interrogatório do acusado foi deslocado para o final da audiência de instrução e julgamento (art. 400 do CPP), após toda coleta e produção de provas, inclusive as periciais e testemunhais.

Conclui-se, pois, pela impossibilidade de, atualmente, continuar defendendo o julgamento antecipado da lide contra o réu, haja vista ser imprescindível observar as garantias e princípios processuais, bem como que o rito estabelecido pela reforma do CPP foi alterado, impondo a produção de todas as provas, para, somente ao final, ouvir o réu no exercício de sua autodefesa (o interrogatório).

Feitas estas colocações, retomemos a temática central deste tópico e analisemos o julgamento antecipado da lide no processo penal.

Antes de concluída a instrução do processo, o juiz poderá em qualquer fase da persecução penal, se convencer da inocência do acusado e

16 ANDRADE, Flávio da Silva. **A confissão e o Julgamento antecipado da lide no processo penal**. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 143, 26 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4547>>. Acesso em: 11 jul. 2008

decretar a sua absolvição, utilizando para tanto qualquer das hipóteses previstas no art. 397 do CPP, trazidas pela Lei 11.719/08, as quais devem ser consideradas como julgamento antecipado por serem hipóteses que contemplam a análise do mérito e isentam o acusado, definitivamente, dos fatos imputados narrados na inicial acusatória, assegurando-lhe o imediato retorno ao *status quo ante* de inocente.

Para isso, diante da inexistência de expressa previsão para o julgamento antecipado da lide no Código de Processo Penal, deve-se transpor, *mutatis mutandi*, a idéia de julgamento antecipado da lide contida no CPC para o processo penal, aplicando-a ao procedimento criminal, restringindo, contudo, às hipóteses de absolvição do acusado. Logo, o julgamento antecipado da lide no processo penal apenas poderá ocorrer *in melius*, jamais *in pejus*. Acrescente-se que a antecipação do julgamento da lide, no processo civil, foi criada com o fim de agilizar o processo, tornando mais célere a prestação jurisdicional, evitando-se longas e tormentosas instruções processuais, idéia a ser importada, *in totum*, para o processo penal devido à total pertinência da matéria.

Fundamentando tal transposição, observe-se o disposto no art. 3.º do CPP, o qual admite, para a lei processual penal, “a interpretação extensiva e a aplicação analógica”, bem como o suplemento dos princípios gerais do Direito.

Em se tratando de processo penal, o julgamento antecipado da lide não pode ser utilizado, de forma irrestrita, de acordo com as situações elencadas no CPC, sob pena de afronta ao direito de ampla defesa do réu.

Entretanto, se o juiz, a qualquer momento, se convence da inocência do acusado e de se tratar de eventual absolvição, não haverá impedimento em optar pelo julgamento antecipado da lide pró réu, evitando o desgaste provocado com o correr do processo, o qual constringe e prejudica a imagem de quem se vê processado criminalmente. Isso

porque é inquestionável os danos morais suportados pelo réu, diante fato de ser submetido a uma ação penal. Se a hipótese se enquadra em flagrante caso de absolvição, uma prolongada instrução atenta contra o respeito à dignidade da pessoa humana.

É imperioso lembrar as hipóteses de julgamento antecipado da lide já existentes no ordenamento jurídico nacional, as quais só eram aplicadas no procedimento dos crimes submetidos ao Tribunal Popular do Júri, no dos crimes funcionais e no dos crimes de competência originária dos tribunais superiores (STF e STJ) regulado pela Lei nº 8.038/90, cujos mandamentos possibilitam a absolvição sumária no júri e a improcedência da acusação, caso a defesa comprove, inicialmente, com elementos e provas suficientes, a inocência do acusado. Desta forma, o legislador já admitia, ainda que timidamente, o julgamento antecipado da lide no processo penal em situações muito peculiares.

Atualmente, porém, o instituto do julgamento antecipado foi trazido, com a reforma do CPP, para o processo penal comum, o qual não o cria expressamente, mas permite, a partir da análise das hipóteses de absolvição sumária integradas ao CPP, concluir pela possibilidade de julgamento antecipado pró réu, tendo em vista se tratar de decisão de mérito proferida sem aguardar o fim da instrução processual porque desde o início do processo já há convicção pela inocência do acusado.

Na ponderação de interesses envolvidos, quais sejam: dignidade da pessoa do acusado e observância dos ritos, formas, princípios e garantias procedimentais, não há dúvida que o preceito relevante é o *status dignitatis* do acusado o qual se impõe como forma de garantir a honra, a intimidade e a imagem das pessoas, direitos sagrados, elencados no inciso X, do art. 5.º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Lembrando, ainda, que a dignidade da pessoa humana é o núcleo intangível da constituição, é a razão da existência dos direitos fundamentais.

Como o processo penal é meio intransponível para aplicação da reprimenda penal, que seja o menos danoso possível e apenas seja manejado quando for necessário. Isso traduz a idéia do Garantismo Penal fundado no máximo de bem-estar para o indivíduo não delinqüente e o mínimo de mal-estar para o indivíduo delinqüente.

Do ponto de vista social, ser absolvido equivale ser inocentado, e para a preservação do *status dignitatis* do acusado, ser absolvido é melhor do que o reconhecimento da extinção da punibilidade. Essa absolvição transcende ao caráter social e passa a ter um caráter jurídico constitucional na medida em que realiza o atributo da dignidade da pessoa humana.¹⁷

3.2.1 Hipóteses autorizadoras do julgamento antecipado da lide (art. 397, CPP)

O teor do art. 397, do Código de Processo Penal, após a reforma trazida pela Lei nº 11.719/08, é:

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

- 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.

Por sua vez, o art. 396-A, igualmente acrescentado pela Lei nº 11.719/08, exige a citação do acusado para apresentação de resposta à

¹⁷ FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**: teoria, crítica e práxis: suplemento eletrônico da 5ª edição. Niterói: Impetus, 2008. 188 p. Disponível em: <www.impetus.com.br>. Acesso em: 3 set.2008.

acusação em 10 dias. Nessa resposta, deverá trazer todos os argumentos e provas hábeis a afastar a persecução penal. Alerta-se para o fato de tal resposta dever ser apresentada antes de qualquer outro ato processual, visando evitar a participação infundada do acusado em um processo penal, conforme tudo o que foi dito nas linhas precedentes.

Avançando na análise das hipóteses de absolvição sumária para o processo comum, verificamos que os incisos III e IV do citado artigo, nada mais são do que as antigas hipóteses previstas nos incisos I e II do revogado art. 43 do CPP, as quais foram realocadas e atualmente estão previstas no dispositivo adequado, como hipóteses de julgamento antecipado da lide e não de rejeição da inicial que, como visto anteriormente, dizem respeito a vícios de ordem formal, não a questões de mérito.

Apesar da constatação acima, reafirmamos o acerto do legislador, que imprimiu maior operabilidade ao Código de Processo Penal, haja vista que o dispositivo anterior misturava, sem concatenação lógica, hipóteses de indeferimento da inicial acusatória com hipóteses de julgamento antecipado da lide em processo penal.

Todas as hipóteses de julgamento antecipado da lide contidas no art. 397, do CPP, dizem respeito aos substratos do crime, estudados na teoria do delito, no ramo do Direito Penal. Nessa esteira, temos que os sustentáculos para a existência do crime são três pilares: fato típico, antijurídico e culpável.

Com isso, o legislador processual reformador reafirma a doutrina penal prevendo que se estiver ausente qualquer um dos pilares de sustentação do delito, não existirá crime a ser punido. Não existindo crime a ser punido, não haverá necessidade da persecução criminal, podendo, de logo, o juiz, percebendo a inexistência de um dos substratos do crime, julgar improcedente a ação penal, isentando o acusado do martírio do processo penal, preservando, assim, o seu *status dignitatis*.

Atente-se que julgar improcedente a acusação é diferente de rejeitar a inicial acusatória, indeferindo-a, visto que na improcedência haverá julgamento de mérito e a ação não poderá ser reproposta. Com isso, o juiz proferirá um julgamento de mérito a respeito da não caracterização do delito, haja vista faltar um dos seus substratos, o que autoriza a improcedência da acusação, sendo tal improcedência, considerada como julgamento antecipado da lide porque não serão percorridos todos morosos caminhos da persecução penal.

Ademais, a lei reformadora exige que as causas ensejadoras do julgamento antecipado da lide sejam sempre manifestas, ou seja, que sejam perceptíveis *primus ictus oculi*. Reforçando, ainda mais, a tese de existência de julgamento antecipado da lide no processo penal.

Na esteira do que foi dito, a despeito de não existir expressamente instituto do julgamento antecipado da lide, o Superior Tribunal de Justiça¹⁸, desde 2005, aceitava a abreviação do procedimento criminal, desde que haja evidência da inviabilidade da instauração do processo, quando for possível afirmar, sem necessidade de formação de culpa, que a acusação não procede, ou seja, é imperativo abreviar o procedimento quando o processo for inviável.

4 Considerações finais

Diante do exposto, todas as hipóteses de rejeição da inicial acusatória, após a reforma do Código de Processo Penal em comento, foram agrupadas em um dispositivo claro (art. 395), tornando o Direito Processual Penal mais simples e operativo, na esteira da tendência da processualística moderna, alertando que tal reforma não trouxe grandes alterações nem a criação de novas hipóteses de rejeição da inicial, mas uma realocação sistemática das anteriormente existentes, a exemplo do

indeferimento da petição inicial no Processo Civil e a consagração da justa causa para o exercício da ação penal como uma hipóteses autônoma de rejeição da inicial acusatória.

Acrescente-se que o referido agrupamento das hipóteses de rejeição da inicial teve em conta aspectos formais do processo que, caso presentes, viciam-no e impedem a análise de seu mérito, devendo, por isso, a ação ser indeferida desde a sua concepção. Apesar de o indeferimento liminar da exordial gerar a extinção do processo sem julgamento de mérito, poderá haver a repropositura da ação desde que sejam corrigidos os vícios que determinaram a rejeição, não havendo, pois, julgamento de mérito, cuja ocorrência apenas será verificada nos casos de absolvição sumária trazidos pela reforma para o processo comum.

Apesar de não ser expresso, o julgamento antecipado da lide passou a ser possível, desde que pró réu, quando a reforma ampliou a incidência das possibilidades de absolvição sumária para o procedimento comum já que é inegável a plausibilidade da tese sustentadora a aplicabilidade do instituto na seara processual penal, a exemplo do que já acontecia nos procedimentos específicos do júri e do julgamento perante os tribunais superiores e agora alargado para os procedimentos comuns.

Portanto, o julgamento antecipado da lide, tendo por base as hipóteses de absolvição sumária, efetiva a prestação jurisdicional, ao passo que alcança as reais funções do processo para a distribuição da justiça, porque possibilita a abreviação dos atos processuais e proporciona o bem estar do acusado, efetivando a celeridade e economia processuais com base na razoável duração dos processos.

Como foi dito, não houve alteração significativa no rol do art. 395, haja vista que as hipóteses agora tratadas já geravam a rejeição inicial, havendo, no entanto, a readequação topográfica das antigas hipóteses e um agrupamento de situações com objetivo de tornar a matéria mais simples e operativa.

18 AÇÃO PENAL PRIVADA ORIGINÁRIA nº 296/PB, Relator(a) Min. Gilson Dipp, Órgão Julgador: Corte special-CE, STJ - Julgamento 01/06/2005. Data da Publicação/Fonte DJ 12.09.2005 p. 193

O julgamento antecipado da lide, por sua vez, foi trazido, para o processo penal comum, o qual não o cria expressamente, mas permite, a partir da análise das hipóteses de absolvição sumária integradas ao CPP, concluir pela possibilidade de julgamento antecipado pró réu, tendo em vista se tratar de decisão de mérito proferida sem aguardar o fim da instrução processual porque desde o início do processo já há convicção pela inocência do acusado.

Posto isso, é imperativo concluir que a reforma do Código de Processo Penal, trazida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, ampliou, ainda que tacitamente, a possibilidade de julgamento antecipado da lide na seara penal, desde que pró réu, para todos os procedimentos penais, reafirmando a postura democrática e garantista do Estado.

Fitness for rejection of the initial hypothesis accusatory and the emergence process prejudgement, behoof defendant, after the reform of the criminal procedure code, insert by the law nº 11.719/08

Abstract

Based on the guarantor penal theory, advocated by Luigi FERRAJOLI, the democratic state of law tends to ensure the rights and guarantees of the individual to make a living. This article aims to examine some aspects of the recent reform of the Code of Criminal Procedure brought by Law No. 11,719, from June 20, 2008, which reversed many various devices and amended rules of procedure of that code of rites. In addition, the technical approach here is treated on the adequacy of the chances of rejection of the initial acusatória (denunciation or complaint crime), generated by the use of technical and legal terminology more appropriate

in the new art. 395 and consequent withdrawal of former art. 43, and even the relocation of old assumptions to reject the initial acusatória provided for in art. 43, which have been treated as chances of acquittal summary of art. 397, and the consequent expansion of opportunities for trial in early deals, pro defendant in criminal proceedings, for all procedures, as has already happened in the specific procedure for trial by the Court of Jury, before higher courts for crimes and functional.

Key-words: Criminal. Guaranteed. Dignity. Prejudgement.

5 Referências

ANDRADE, Flávio da Silva. A confissão e o Julgamento antecipado da lide no processo penal. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 143, 26 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4547>>. Acesso em: 11 jul. 2008

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – parte geral. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 551

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**: teoria, crítica e práxis: suplemento eletrônico da 5ª edição. Niterói: Impetus, 2008. 188 p. Disponível em: <www.impetus.com.br>. Acesso em: 3 set.2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Trad: Zomer, Ana Paula, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Inovações referentes a procedimentos penais. Lei nº 11.719/2008. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 12, n. 1820, 25 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11429>>. Acesso em: 27 set. 2008

GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal** – parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, s.d. v. 1, p.807-8.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**: Estudos e Pareceres. Forense. 2.ed. Rio de Janeiro, 1987.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 103 a 108.

NUCCI,Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HABEAS CORPUS 81611/DF, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 10/12/2003, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJU 13-05-2005, PP-00006, EMENT VOL-02191-1 PP-00084.

RECURSO EM HABEAS CORPUS n°86950/MG, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Órgão Julgador: Segunda Turma, STF - Julgamento: 07/02/2006. Publicação DJ 10/08/2006, PP-00028, EMENT VOL-02241-03, PP-00441, RJSP v. 54, n. 346, 2006, p. 157-161

BRASIL. Decreto Lei n.º 3.931 de 11 de dezembro de 1941. **Vade Mecum acadêmico de direito.** Organização por Anne Joyce Angher. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008. p. 421 a 462.

BRASIL. Lei n.º 5.869 de 11 de janeiro de 1973. **Vade Mecum acadêmico de direito.** Organização por Anne Joyce Angher. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008. p. 279 a 340

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. **Vade Mecum acadêmico de direito.** Organização por Anne Joyce Angher. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008. p. 35 a 100

BRASIL. Lei Ordinária Federal n° 11.719, de 20 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.html>. Acesso em: 24 set. 2008.

Referência deste artigo

SOUSA, Tiago Maggi de. Adequação das hipóteses de rejeição da inicial acusatória e o surgimento do julgamento antecipado do processo, pró réu, após a reforma do Código de Processo Penal trazida pela Lei n° 11.719/08. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 563-590, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

L'interpretazione del contratto nell'ordinamento italiano

Valentina Moscon

Advogada

Phd pela Universidade de Trento - Itália

Pesquisadora na Faculdade de Direito da Universidade de Trento

Dottore di ricerca

Studi Giuridici Comparati ed Europei

Diritto Privato Comparato

Resumo

O momento interpretativo reflete, dentre outros aspectos, as orientações gerais do ordenamento: a hermenêutica contratual e a divergência dos métodos interpretativos não somente denotam os diversos balanceamentos dos interesses em jogo, porém confrontam problemáticas relativas ao papel do instrumento interpretativo no ordenamento jurídico. Neste sentido, numa ótica comparada, a título de exemplo pode ser mencionado o enfoque diferente que caracteriza os sistemas de Common Law e de Civil Law, com respeito aos quais se delinea uma heterogeneidade substancial entre as regras de interpretação, com repercussão nos temas da certeza e previsibilidade por um lado; flexibilidade e justiça do êxito interpretativo por outro. O tema da interpretação, desta forma, reflete o papel atribuído pelo ordenamento à autonomia privada das partes: ao

procedimento de hermenêutica é concedido, de fato, o papel de reconstruir a capacidade do contrato. A análise que segue, após uma breve introdução e uns aspectos de direito comparado, concentra-se na disciplina da interpretação do contrato no ordenamento italiano, partindo do papel exercido pelas normas do código civil na hermenêutica contratual, considerando-se a capacidade preceptiva ainda à luz da jurisprudência da Suprema Corte. A segunda parte concentra-se, enfim, na leitura das normas em si, enquanto reconduzíveis ao interior de duas macro categorias de regras interpretativas – critérios subjetivos e objetivos – e às relativas relações dentro do processo hermênutico.

Palavras-chaves: Contrato. Direito comum. Hermenêutica. Direito comparado.

Introduzione

Il tema dell'interpretazione da sempre è al centro dell'attenzione e oggetto di dibattito sia a livello dottrinale che giurisprudenziale, con sostanziali ricadute pratiche in tutti gli ambiti del diritto. Come sottolineato da illustri studiosi, il fatto interpretativo si rivela nella sua ultima essenza come un fondamentale fatto culturale, per cui non può essere osservato come fenomeno avulso dalla personalità e socialità dell'interprete. Ben può dirsi in tal senso che il momento interpretativo rispecchia, tra l'altro, gli orientamenti generali dell'ordinamento¹. In tale prospettiva, con specifico riguardo all'interpretazione del contratto, si pensi, in ottica comparatistica, al diverso approccio che caratterizza i sistemi di *Common Law* e *Civil Law*: l'ermeneutica contrattuale e la divergenza dei metodi interpretativi non solo denota chiaramente un diverso bilanciamento degli interessi in gioco, ma deriva da una premessa ancora più radicale, che investe le problematiche del ruolo stesso dello strumento interpretativo. Nell'analisi delle tecniche ermeneutiche, dunque, è necessario fare riferimento alle differenze strutturali, che trovano le proprie radici nella funzione attribuita all'interpretazione, oltre che nella mentalità del giurista. Nella tradizione anglosassone, infatti, la portata del processo interpretativo era storicamente limitata ai soli casi eccezionali, per cui l'esigenza dell'interpretazione nasceva solamente nel momento in cui la normale comprensione delle parole non consentiva l'attribuzione di un significato immediato, richiedendo uno sforzo ulteriore ed eccezionale². Alla base delle regole che disciplinano il fenomeno interpretativo, tuttavia, sta una generale concezione del contratto che, pure attualmente, nei sistemi di *Common Law* non ruota attorno all'elemento soggettivo dell'accordo, ma all'elemento della promessa oggettivamente intesa, quale base dell'affidamento ragionevole

1 GIULIANI, *Essenza dell'interpretazione*, in *Contratto e Impresa*, 2002, 1362;

2 In realtà è la stessa concezione del contratto in *common law* che ha attribuito all'interpretazione un ruolo marginale nel tessuto del diritto inglese. In tal senso non può dimenticarsi la consolidata concezione formale del contratto, che certamente opera quale fondamento di una interpretazione formale-letterale della promessa, con la conseguente irrilevanza dei motivi o presupposti che non fossero espressamente manifestati nel contratto. Si veda sull'argomento VIGLIONE, *L'interpretazione del contratto nel common law inglese. Problemi e prospettive*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2008, Suppl. al n. 1, 133.

creato da una parte sull'altra. In ragione di ciò non stupisce il fatto che l'interpretazione tenda a valorizzare il testo scritto oggettivamente inteso.

In linea generale, si delinea così una sostanziale eterogeneità tra le regole di interpretazione elaborate in *Common Law* ed in *Civil Law*: se da un lato le prime, per diversi fattori, tendono a far convergere la giurisprudenza inglese verso criteri di interpretazione letterale, valorizzando il principio dell'affidamento; dall'altro ciò che caratterizza i sistemi dell'Europa continentale è la generale tendenza a ricercare la effettiva volontà dei contraenti. Ancora oggi, nonostante l'evoluzione giurisprudenziale tenda ad avvicinare le posizioni dei due ordinamenti, le traiettorie evolutive non scalfiscono il carattere oggettivo della teoria del contratto di *Common Law*, che, pure in epoca attuale, sembra improntato ad una particolare enfasi posta sul dato esteriore della manifestazione di volontà.

Con riferimento al contratto, pertanto, come dimostrano le diverse esperienze giuridiche, le differenti posizioni in tema di interpretazione si collocano nella prospettiva di una tensione tra certezza e prevedibilità da un lato; flessibilità e giustizia dell'esito interpretativo dall'altro, in una contrapposizione tra differenti valori ed interessi la cui composizione offre una chiave di lettura privilegiata per cogliere gli orientamenti generali del diritto contrattuale³. Il tema dell'interpretazione del contratto costituisce in tale prospettiva una sorta di carta tornasole nella valutazione di quale ruolo sia attribuito all'autonomia privata delle parti: al procedimento di ermeneutica è affidato, infatti, il compito di ricostruire la portata dell'atto di autoregolamentazione, onde consentire la valutazione da parte dell'ordinamento giuridico dell'interesse perseguito con il medesimo, l'inserimento dell'atto all'interno degli schemi qualificatori predisposti dall'ordinamento e, infine, l'attribuzione ad esso dell'effetto giuridico. Così ragionando, le regole che disciplinano l'ermeneutica contrattuale giocano un ruolo determinante anche con riguardo alle modalità di ricezione dell'atto di autonomia privata da parte dell'ordinamento giuridico.

3 Si veda VIGLIONE, *L'interpretazione del contratto nel common law inglese. Problemi e prospettive*, cit., 171.

La portata precettiva delle norme sull'interpretazione e i limiti del giudizio di legittimità in tema di interpretazione del contratto.

Venendo ora ad osservare più da vicino la disciplina dell'interpretazione del contratto nell'ordinamento italiano, non potendosi prescindere da uno sguardo storico, si rileva che in epoca precedente all'entrata in vigore del codice civile attualmente vigente, era aperto un acceso dibattito relativo al valore delle norme sull'interpretazione dei contratti. La dottrina italiana sull'argomento registrava il fronteggiarsi di due opposte correnti di pensiero: da un lato vi erano coloro i quali vedevano nelle norme che disciplinavano l'interpretazione contrattuale semplici criteri direttivi o massime d'esperienza, la cui applicazione era lasciata al prudente apprezzamento del giudice; dall'altro coloro i quali attribuivano a tali regole la dignità di vere e proprie norme giuridiche, dotate, in quanto tali, della forza precettiva delle regole di diritto⁴. La giurisprudenza maggioritaria dal canto suo, aderendo al primo orientamento, considerava le norme in commento meri canoni ermeneutici privi di qualsivoglia portata normativa. La tesi maggioritaria in dottrina sembra tuttavia avere esercitato una maggiore influenza sul legislatore del 1942, che ha inteso così conferire valore precettivo alle regole interpretative generali inserite nel Capo IV del Libro IV del codice civile del 1942 (artt. 1362-1371 cod. civ.)⁵. Tale impostazione implica, ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ.⁶, l'immediata sindacabilità da parte della Cassazione circa la loro corretta applicazione. Allo stato attuale,

4 La tesi del valore precettivo delle regole sull'interpretazione, era sostenuta *ex multis* da CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, II, Torino, 1920; CARNELUTTI, *L'interpretazione dei contratti e il ricorso in Cassazione*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1925, I, 140; GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova, 1938; SANTORO - PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985. La tesi contraria era invece appoggiata da GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, IV, Firenze, 1904, 204; CARRESI, *L'interpretazione del contratto*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1964.

5 Per una trattazione della tematica: BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 2005; SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2004.

6 Art. 360 cod. proc. civ.: "Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate con ricorso per Cassazione: 1) per motivi attinenti alla giurisdizione; 2) per violazione delle norme sulla competenza, quando non è prescritto il regolamento di competenza; 3) per violazione o falsa applicazione di norme di diritto e accordi collettivi nazionali di lavoro; 4) per nullità della sentenza o del procedimento; 5) per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio. [...]"

dunque, la natura precettiva delle disposizioni dettate dagli artt. 1362 ss cod. civ. appare fuori discussione: la violazione o falsa applicazione di tali norme è suscettibile di censura da parte dei giudici di legittimità⁷. Il controllo esercitato dalla Cassazione in tema di interpretazione contrattuale, pertanto, si spinge sino alla valutazione della correttezza giuridica e della coerenza logico-formale del ragionamento condotto dal giudice di merito per pervenire alla pronuncia della decisione impugnata, senza tuttavia effettuare valutazioni ed accertamenti di fatto devoluti istituzionalmente ai giudici di merito⁸. In sostanza, la deduzione di un vizio di motivazione della sentenza impugnata con ricorso per Cassazione conferisce al Giudice di legittimità non già il potere di riesaminare il merito dell'intera vicenda processuale sottoposta al suo vaglio, bensì la mera facoltà di controllo, sotto il profilo della correttezza giuridica e della coerenza logico-formale, delle argomentazioni svolte dal giudice di merito, cui, in via esclusiva, spetta il compito di individuare le fonti del proprio convincimento, di assumere e valutare le prove, di controllarne l'attendibilità. In tal senso la parte che intende denunciare la violazione delle regole di interpretazione è tenuta a specificare i canoni in concreto non osservati e il modo attraverso cui si è realizzata la violazione, cosicché non è sufficiente la formulazione di una mera critica al risultato interpretativo raggiunto dal giudice di merito. Va sottolineato, infatti, che l'interpretazione data dal giudice di merito al contratto non deve essere l'unica possibile o la migliore in astratto, ma una delle possibili interpretazioni: quando di una clausola contrattuale sono verosimili due o più interpretazioni plausibili, non è consentito alla parte che aveva proposto l'interpretazione poi disattesa dal giudice di merito, dolersi in sede di legittimità del fatto che sia stata privilegiata l'altra⁹.

Non potendosi dunque mettere in discussione l'interpretazione intesa in senso stretto - cioè quale risultato interpretativo, in quanto concernente valutazioni prettamente di merito - davanti alla Corte di

7 Sul punto si veda anche COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Padova, 1989, 74.

8 Sul *Si modus operandi* adottato dalla Cassazione in materia di interpretazione contrattuale si veda *ex multis*: Cass. 25.10.2006 n. 22899, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2007, 763; Cass. 23 ottobre 2003, n. 15279, in *Giurisprudenza Italiana* 2004, 1843.

9 In senso conforme vedi, tra le altre, Cass. 25.10.2006 n. 22899, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, cit.

Legittimità il vaglio potrà riguardare, eventualmente, solo l'interpretazione in quanto attività. Su questa premessa si incardina il noto principio giurisprudenziale del "gradualismo",¹⁰ in base al quale i canoni ermeneutici indicati nel codice civile trovano applicazione graduale. Ciò significa che il giudice nel processo interpretativo è tenuto ad applicare i criteri ermeneutici individuati dal legislatore in un preciso ordine cronologico. Si tratta di un principio che svolge essenzialmente due funzioni: da un lato vincola il giudice di merito all'adozione di una metodologia interpretativa, trasformandosi così *ex post* in uno strumento di controllo del suo operato, dall'altro, impone al ricorrente di contestare precise violazioni di legge in ordine al procedimento ermeneutico adottato dal giudice¹¹.

Quanto al contenuto del menzionato principio cosiddetto del gradualismo¹², si rileva che il presupposto argomentativo è pressoché pacifico nella giurisprudenza di legittimità. Si parte dall'indubbia netta divisione delle norme relative all'interpretazione del contratto in due gruppi, espressione di due distinti criteri interpretativi: norme di interpretazione soggettiva e norme di interpretazione oggettiva.

Criteri ermeneutici soggettivi ed oggettivi

Negli articoli 1367 – 1371 cod. civ. il legislatore ha inserito una serie di criteri interpretativi, volti ad indirizzare il giudice nella sua attività ermeneutica, che, in virtù della funzione delle norme medesime,

10 Per una breve dissertazione sul punto si veda: D'AURIA, *Il principio del gradualismo, tra attività e risultato interpretativo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2004, 1843.

11 Su quest'ultimo profilo la motivazione di una recente pronuncia della Suprema Corte appare indubbiamente esplicativa: "...è orientamento giurisprudenziale costante che, in tema di ermeneutica contrattuale, l'accertamento della volontà delle parti in relazione al contenuto del negozio si traduce in una indagine di fatto, affidata al giudice di merito e censurabile in sede di legittimità nella sola ipotesi di motivazione inadeguata, ovvero di violazione di canoni legali di interpretazione contrattuale, di cui agli artt. 1362 e seguenti cod. civ. Nell'ipotesi in cui il ricorrente lamenti espressamente tale violazione, egli ha l'onere di indicare in modo specifico, i criteri in concreto non osservati dal giudice di merito e, soprattutto, il modo in cui questi si sia da essi discostato, non essendo, all'uopo, sufficiente una semplice critica della decisione sfavorevole, formulata attraverso la mera prospettazione di una diversa (e più favorevole) interpretazione rispetto a quella adottata dal giudicante". Cass. 18.11.2005, n. 24461, in *Contratti*, 2006, 867; sul punto *ex multis* si veda inoltre: Cass. 22.12.2005 n. 28479; in *Foro It., Rep.*, 2005, voce *Contratto in genere*, n. 482.

12 Per una trattazione in tema di interpretazione del contratto e ricorso per Cassazione si veda D'ALESSANDRO, *Violazione delle norme di interpretazione del contratto e ricorso per Cassazione*, in *IRTI* (a cura di) *L'interpretazione del contratto*, cit.

possono essere suddivisi in due macro categorie. Le regole contenute negli articoli dal 1362 al 1365 cod. civ., che mirano a risalire alla reale e comune volontà delle parti, sono dette per l'appunto di interpretazione soggettiva. Allorquando la volontà delle parti non sia accertabile o non risulti univoca, l'interprete può avvalersi dei canoni ermeneutici previsti dagli artt. 1365 – 1371 detti, appunto, di interpretazione oggettiva: essi infatti più che alla comprensione del senso comune attribuito dalle parti, tendono ad integrare la volontà dei contraenti conferendo un significato al contratto, anche in virtù del principio di conservazione del medesimo. Per quanto concerne invece l'art. 1366 cod. civ. – "Interpretazione di buona fede" – è controverso a quale delle due categorie possa essere ricondotto. Secondo l'opinione oggi prevalente, come meglio si vedrà più avanti, sarebbe riconducibile alle regole di interpretazione oggettiva.

Interpretazione soggettiva

La ricerca del significato del contratto inizia, come anticipato, con l'applicazione dei criteri soggettivi contenuti negli artt. 1362 ss. cod. civ.¹³, i quali, a loro volta trovano una graduale applicazione secondo un criterio gerarchico.

Certamente in via preliminare il giudice deve procedere all'interpretazione letterale a norma dell'art. 1362 comma I cod. civ. Secondo la dottrina maggioritaria, tuttavia, se è vero che l'interpretazione del dato testuale apre il procedimento ermeneutico, è in ogni caso necessario appurare la concreta intenzione comune delle parti. Considerando prevalente la parte volitiva dell'accordo, l'orientamento dottrinale dominante tende ad attribuire maggiore rilevanza al contesto

13 Art. 1362 cod. civ.: "Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto".

Art. 1363 cod. civ.: "Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto".

Art. 1364 cod. civ.: "Per quanto generali siano le espressioni usate nel contratto, questo non comprende che gli oggetti sui quali le parti si sono proposte di contrattare".

Art. 1365 cod. civ.: "Quando nel contratto si è espresso un caso al fine di spiegare un patto, non si presumono esclusi i casi non espressi, ai quali, secondo ragione, può estendersi lo stesso patto".

rispetto al testo del contratto, consentendo all'interprete di non tornare alla lettera e allargare la fattispecie contrattuale fino a far prevalere sul testo il contegno delle parti¹⁴. Si sostiene che per individuare la comune volontà delle parti il legislatore ha individuato più criteri tra i quali quello indicato nel secondo comma dell'art. 1362 cod. civ., secondo cui chi effettua l'operazione ermeneutica, deve indagare il comportamento complessivo delle parti, sia precedente, che posteriore alla conclusione del contratto. In tal senso può venire in considerazione, per esempio, la corrispondenza intercorsa fra le parti durante le trattative, ovvero il contratto preliminare, mentre, per quel che concerne il comportamento posteriore, può assumere rilievo, per esempio, la condotta delle parti posta in essere in attuazione del contratto.

La giurisprudenza di legittimità, in vero, non giunge ad una conclusione unitaria ed è attualmente assestata su due diverse posizioni: il primo orientamento¹⁵, dominante, che si rifà all'antico brocardo *in claris non fit interpretatio*, ritiene primariamente applicabile il canone secondo il quale il senso letterale delle parole è criterio fondamentale e prioritario, pervenendo al risultato secondo cui ove le espressioni usate nel contratto siano di chiara ed inequivoca significazione, la ricerca della comune volontà è esclusa. L'interpretazione letterale va condotta, in ogni caso, coordinando le varie clausole ed individuando il senso che emerge dal complesso dell'atto (art. 1363 cod. civ.). Gli strumenti interpretativi, consistenti nell'analisi del tenore letterale della singola clausola e dell'interpretazione delle clausole l'una per mezzo delle altre, non sono "autosufficienti o indipendenti, ma legati da un vincolo di unitarietà, poiché la loro cronologia nell'iter interpretativo viene assorbita da una contestualità logica, in un procedimento in cui ogni parola è nel contempo oggetto e strumento di interpretazione"¹⁶. Solo un'analisi che non ometta di riguardare le clausole le une in

14 SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in AA. VV., *I contratti in generale nel Tratt. Rescigno dei contratti*, a cura di GABRIELLI, Torino, 1999 922, 943 – 944, 975.

15 Cass. 28.06.1986 n. 4309, in *Arch. Giur.*, 1986, 1087; Cass. 19.12.1986 n. 7496, in *Foro It., Rep.*, 1986, voce *Contratto in genere*, n. 56.

16 Cass. 27.06.1998, n. 6389, in *Foro it., Rep.*, 1998, voce *Contratto in genere*, n. 392. Per un commento sulla sentenza in esame si veda anche PASCUZZI (a cura di), *Pacta sunt servanda*, Bologna, 2006.

relazione alle altre potrà condurre ad un risultato soddisfacente¹⁷. Secondo questo primo orientamento, dunque, l'interpretazione letterale condotta in questi termini è di per sé sufficiente, cosicché il ricorso agli altri canoni ermeneutici è necessario se e solo se residuino margini di incertezza. In tal caso l'interprete dovrà fare riferimento allo strumento previsto dall'art. 1362 cod. civ. comma 2. Si tratta di un parametro a cui va fatto ricorso solo qualora gli strumenti di interpretazione letterale si rivelino insufficienti a determinare la comune intenzione dei contraenti. L'orientamento giurisprudenziale tuttora prevalente, in sostanza, muove dall'applicazione del principio di sussidiarietà anche nei rapporti tra il I e II comma del citato art. 1362 cod. civ. In tal senso, la Corte di legittimità ha più volte avuto modo di affermare che "il giudice di merito che ritenga di avere ricostruito l'esatta volontà delle parti sulla base del dato testuale del contratto, sia pure esaminato nella sua interezza, non deve accedere a successivi ed ausiliari parametri di interpretazione (sottinteso: quelli dell'art. 1362 comma 2), atteso il principio di gradualismo che vi è tra gli stessi"¹⁸. Sulla scorta di tali argomentazioni, la giurisprudenza della Corte Suprema ha ritenuto che, qualora a seguito di una compiuta analisi del tenore letterale del negozio, non residui alcuna ragione di divergenza tra il testo e l'intento effettivo delle parti, l'operazione ermeneutica può dirsi perfezionata a prescindere dall'applicazione del criterio sussidiario di cui al II comma dell'art. 1362 cod. civ.¹⁹

17 Per queste ragioni Autorevole dottrina osserva "[n]el disegno dell'art. 1362 c.c., la comune intenzione, accertata mediante valutazione del comportamento complessivo delle parti, è messa a confronto con il senso letterale delle parole. [...] Il testo verbale appunto perché composto di *verba*, rinvia al codice di una comunità parlante: esso ci fornisce il senso letterale, un senso, - come sopra abbiamo notato - astratto e generale che prescinde dall'uso individuale. Le intenzioni sono invece singolari e concrete, di certe parti in una data situazione di interessi. Il confronto è, dunque, tra la particolarità di scopi perseguiti e l'astratta letteralità del senso [...] Intenzione e comune senso letterale delle parole non debbono immaginarsi in ordine cronologico, quasi un prima e un dopo, ma in reciproca circolarità"^{IRTI, Testo e contesto}, Padova, 1996, 41.

18 Cass. 24.04.1998, n. 4221, in *Foro it., Rep.*, 1998, voce *Contratto in genere*, n. 395, Commentata anche in PASCUZZI (a cura di), *Pacta sunt servanda*, Bologna, 2006.

19 Il timore che i giudici di legittimità intendono fugare è evidentemente quello di proteggere il regolamento contrattuale da soggettive manipolazioni del testo predisposto dalle parti, quando le espressioni adoperate si rivelino già sufficientemente precise e dunque idonee a ricostruire il concreto significato che ad esse i contribuenti hanno voluto attribuire. Tale preoccupazione dell'interprete ha determinato la diffidenza che si può a tutt'oggi riscontrare in ordine all'applicazione di strumenti ermeneutici extratestuali; all'interprete è dunque imposto di fornire una rigorosa dimostrazione del contrasto ritenuto esistente tra l'effettiva intenzione manifestata dalle parti ed il significato proprio delle espressioni utilizzate.

rispetto al testo del contratto, consentendo all'interprete di non tornare alla lettera e allargare la fattispecie contrattuale fino a far prevalere sul testo il contegno delle parti¹⁴. Si sostiene che per individuare la comune volontà delle parti il legislatore ha individuato più criteri tra i quali quello indicato nel secondo comma dell'art. 1362 cod. civ., secondo cui chi effettua l'operazione ermeneutica, deve indagare il comportamento complessivo delle parti, sia precedente, che posteriore alla conclusione del contratto. In tal senso può venire in considerazione, per esempio, la corrispondenza intercorsa fra le parti durante le trattative, ovvero il contratto preliminare, mentre, per quel che concerne il comportamento posteriore, può assumere rilievo, per esempio, la condotta delle parti posta in essere in attuazione del contratto.

La giurisprudenza di legittimità, in vero, non giunge ad una conclusione unitaria ed è attualmente assestata su due diverse posizioni: il primo orientamento¹⁵, dominante, che si rifà all'antico brocardo *in claris non fit interpretatio*, ritiene primariamente applicabile il canone secondo il quale il senso letterale delle parole è criterio fondamentale e prioritario, pervenendo al risultato secondo cui ove le espressioni usate nel contratto siano di chiara ed inequivoca significazione, la ricerca della comune volontà è esclusa. L'interpretazione letterale va condotta, in ogni caso, coordinando le varie clausole ed individuando il senso che emerge dal complesso dell'atto (art. 1363 cod. civ.). Gli strumenti interpretativi, consistenti nell'analisi del tenore letterale della singola clausola e dell'interpretazione delle clausole l'una per mezzo delle altre, non sono "autosufficienti o indipendenti, ma legati da un vincolo di unitarietà, poiché la loro cronologia nell'iter interpretativo viene assorbita da una contestualità logica, in un procedimento in cui ogni parola è nel contempo oggetto e strumento di interpretazione"¹⁶. Solo un'analisi che non ometta di riguardare le clausole le une in

14 SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in AA. VV., *I contratti in generale nel Tratt. Rescigno dei contratti*, a cura di GABRIELLI, Torino, 1999 922, 943 - 944, 975.

15 Cass. 28.06.1986 n. 4309, in *Arch. Giur.*, 1986, 1087; Cass. 19.12.1986 n. 7496, in *Foro It., Rep.*, 1986, voce *Contratto in genere*, n. 56.

16 Cass. 27.06.1998, n. 6389, in *Foro it., Rep.*, 1998, voce *Contratto in genere*, n. 392. Per un commento sulla sentenza in esame si veda anche PASCUZZI (a cura di), *Pacta sunt servanda*, Bologna, 2006.

relazione alle altre potrà condurre ad un risultato soddisfacente¹⁷. Secondo questo primo orientamento, dunque, l'interpretazione letterale condotta in questi termini è di per sé sufficiente, cosicché il ricorso agli altri canoni ermeneutici è necessario se e solo se residuino margini di incertezza. In tal caso l'interprete dovrà fare riferimento allo strumento previsto dall'art. 1362 cod. civ. comma 2. Si tratta di un parametro a cui va fatto ricorso solo qualora gli strumenti di interpretazione letterale si rivelino insufficienti a determinare la comune intenzione dei contraenti. L'orientamento giurisprudenziale tuttora prevalente, in sostanza, muove dall'applicazione del principio di sussidiarietà anche nei rapporti tra il I e II comma del citato art. 1362 cod. civ. In tal senso, la Corte di legittimità ha più volte avuto modo di affermare che "il giudice di merito che ritenga di avere ricostruito l'esatta volontà delle parti sulla base del dato testuale del contratto, sia pure esaminato nella sua interezza, non deve accedere a successivi ed ausiliari parametri di interpretazione (sottinteso: quelli dell'art. 1362 comma 2), atteso il principio di gradualismo che vi è tra gli stessi"¹⁸. Sulla scorta di tali argomentazioni, la giurisprudenza della Corte Suprema ha ritenuto che, qualora a seguito di una compiuta analisi del tenore letterale del negozio, non residui alcuna ragione di divergenza tra il testo e l'intento effettivo delle parti, l'operazione ermeneutica può dirsi perfezionata a prescindere dall'applicazione del criterio sussidiario di cui al II comma dell'art. 1362 cod. civ.¹⁹.

17 Per queste ragioni Autorevole dottrina osserva " [n]el disegno dell'art. 1362 c c, la comune intenzione, accertata mediante valutazione del comportamento complessivo delle parti, è messa a confronto con il senso letterale delle parole. [...] Il testo verbale appunto perché composto di *verba*, rinvia al codice di una comunità parlante: esso ci fornisce il senso letterale, un senso, - come sopra abbiamo notato - astratto e generale che prescinde dall'uso individuale. Le intenzioni sono invece singolari e concrete, di certe parti in una data situazione di interessi. Il confronto è, dunque, tra la particolarità di scopi perseguiti e l'astratta letteralità del senso [...] Intenzione e comune senso letterale delle parole non debbono immaginarsi in ordine cronologico, quasi una prima e un dopo, ma in reciproca circolarità" IRTI, *Testo e contesto*, Padova, 1996, 41.

18 Cass. 24.04.1998, n. 4221, in *Foro it., Rep.*, 1998, voce *Contratto in genere*, n. 395, Commentata anche in PASCUZZI (a cura di), *Pacta sunt servanda*, Bologna, 2006.

19 Il timore che i giudici di legittimità intendono fugare è evidentemente quello di proteggere il regolamento contrattuale da soggettive manipolazioni del testo predisposto dalle parti, quando le espressioni adoperate si rivelino già sufficientemente precise e dunque idonee a ricostruire il concreto significato che ad esse i contribuenti hanno voluto attribuire. Tale preoccupazione dell'interprete ha determinato la diffidenza che si può a tutt'oggi riscontrare in ordine all'applicazione di strumenti ermeneutici extratestuali; all'interprete è dunque imposto di fornire una rigorosa dimostrazione del contrasto ritenuto esistente tra l'effettiva intenzione manifestata dalle parti ed il significato proprio delle espressioni utilizzate.

Detto orientamento appare criticabile ad altra parte della giurisprudenza minoritaria in quanto incoerente con la lettera dell'art. 1362 cod. civ., che esorta a non limitarsi al senso delle parole²⁰. Si sostiene, infatti, che il giudice mai possa prescindere dalla ricerca della comune intenzione delle parti: certamente il senso letterale delle parole adoperate dai contraenti – individuato in relazione alle singole clausole considerate in correlazione tra loro – si pone come il primo degli strumenti di interpretazione; esso costituisce, tuttavia, solo un punto di partenza. In tale ottica assume una valenza complementare alla lettera del contratto, oltre all'interpretazione logico-sistematica (ex art. 1363 cod. civ.), anche la valutazione del comportamento complessivo tenuto dai contraenti, sia in fase di formazione del regolamento negoziale, sia in sede di esecuzione dello stesso²¹.

Il rapporto tra orientamento dominante ed indirizzo minoritario nell'ambito della giurisprudenza formatasi sul tema che ci occupa appare completamente rovesciato per quel che riguarda la dottrina, che, come anticipato, si mostra pressoché compatta nel disconoscere l'operatività nell'ordinamento italiano del menzionato brocardo "*in claris non fit interpretatio*"²².

Nei successivi articoli del Codice Civile seguono in via sussidiaria gli altri canoni di interpretazione soggettiva che guidano l'interprete nell'attività ermeneutica, secondo il principio del gradualismo, ponendo ulteriori limiti volti a consentire una lettura del contratto che sia quanto più possibile rispondente alla volontà delle parti. L'art. 1364 cod. civ. prevede, in particolare, che le espressioni usate, per quanto generali, non possano che comprendere oggetti sui quali le parti si sono proposte di contrattare. Nell'art. 1365 cod. civ., infine, il legislatore stabilisce che laddove il contratto contenesse il caso espresso in forma esemplificativa, questo in alcun modo potrebbe far presumere l'esclusione di casi non espressi²³.

20 ALPA, *Orientamento e tecniche della giurisprudenza*, in ALPA (a cura di), *L'interpretazione del contratto* Milano, 1983, 211; lo. *Unità del negozio e principi di ermeneutica contrattuale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1973, I, 1510.

21 In tal senso, per esempio, Cass. 25.10.2006 n. 22899, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, cit.

22 Riassuntivamente, sulle posizioni di giurisprudenza e dottrina si veda FONSI, *L'interpretazione del contratto in giurisprudenza e in dottrina*, in *Vita notarile*, 1993, 1624.

23 Per ulteriori approfondimenti circa il criterio ermeneutico di cui all'art. 1365 c.c. si veda per esempio SENIGAGLIA,

Interpretazione oggettiva

“Non c'è articolo, fra il 1367 e il 1371 che non rechi il segno di un problema insoluto [...]. Il dubbio figura negli artt. 1367, 1369, 1370; l'ambiguità, nell'art. 1368; l'oscurità, infine, nell'art. 1371. Dubbio e ambiguità [...] sollevano il problema della scelta. Poiché uno e soltanto uno può essere il significato del contratto e di singole clausole, è necessario scegliere [...] Il legislatore non lascia l'interprete nella solitudine del dubbio. Gli art. 1367-1370 prescrivono i metodi della decisione e se essi riescono infruttuosi, allora entrano in gioco come estrema risorsa le regole finali”²⁴.

Le norme dall'art. 1367 all'art. 1371 cod. civ. sono dirette non già a ricostruire la volontà in concreto del dichiarante ma a determinare il valore, l'entità della dichiarazione obiettivamente ambigua, attraverso criteri obiettivi e medi²⁵. Il loro utilizzo non mira infatti alla comprensione del comune senso delle parti, essi puntano a fornire un estremo strumento integrativo della volontà dei contraenti. Tali norme, in altre parole, hanno lo scopo di dare un significato al contratto, o alla clausola, indipendentemente da quanto voluto dalle parti. Questo secondo gruppo di canoni interpretativi è utilizzabile solamente nelle ipotesi in cui, nonostante il ricorso agli strumenti interpretativi individuati nel primo gruppo, non sia stato possibile stabilire quale fosse la comune intenzione delle parti. L'art. 1367 recita che “nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno”. È questo il noto “principio di conservazione” che permea l'ordinamento orientando l'interprete nel caso in cui con il ricorso alle norme sull'interpretazione soggettiva non sia stato possibile stabilire il significato che le parti avevano comunemente inteso. L'art. 1367 impone all'interprete che si trovi di fronte ad un atto che ammette potenzialmente due interpretazioni in astratto tutte egualmente possibili,

Interpretazione complessiva del contratto e clausola di ragionevolezza, in *Giurisprudenza Italiana*, 2003, 279.

24 IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999, 1153.

25 Si veda GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, 906.

ma di cui una – se adottata in concreto – determinerebbe l'inefficacia dell'atto, di optare per la soluzione interpretativa che fa salvi gli effetti dell'atto stesso. La norma recepisce, pertanto, una regola razionale in base alla quale deve normalmente ritenersi che gli autori dell'atto abbiano voluto perseguire degli scopi pratici, piuttosto che limitarsi a dar vita in maniera consapevole ad un contratto improduttivo di qualsivoglia risultato.

L'art. 1368 cod. civ. dispone poi che in presenza di clausole ambigue esse vadano interpretate secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso. Nei contratti in cui una delle parti è imprenditore, in particolare, le clausole ambigue si interpretano secondo gli usi del luogo in cui è la sede dell'impresa. Le pratiche generali alle quali rinvia questa regola legale di interpretazione sono costituite dalle pratiche degli affari e cioè dai cosiddetti usi negoziali. Gli usi negoziali ex art. 1368 cod. civ. scaturiscono da un'applicazione costante e generalizzata in un dato luogo, anche se relativamente ad un particolare settore di affari o ad un determinato tipo contrattuale. Questi usi assolvono ad una funzione interpretativa come criterio di chiarificazione delle clausole oscure ed ambigue. Benché la norma faccia riferimento alla pratica generale, possono rilevare anche gli usi interpretativi che, naturalmente, si distinguono dalle clausole d'uso di cui all'art. 1340 cod. civ., così come si distinguono dagli usi normativi di cui all'art. 1374 cod. civ. Il secondo comma dell'art. 1368 cod. civ. precisando che, nell'ipotesi in cui una delle parti sia un imprenditore trova applicazione il criterio interpretativo rappresentato dalle pratiche generali tipiche del luogo in cui ha sede l'impresa contraente, introduce una eccezione alla regola generale prevista dal comma precedente. Si tratta di una questione pratica ed applicativa legata non ad un particolare tipo contrattuale, bensì alla qualificazione soggettiva di uno dei protagonisti della fattispecie contrattuale posta in essere.

Proseguendo poi nella carrellata delle norme di interpretazione oggettiva, l'art. 1369 cod. civ. statuisce che “le espressioni che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto”. Ben più richiamato nella pratica

in ogni caso è l'art. 1370 cod. civ. che dispone che “le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli e formulari predisposti da uno dei contraenti s'interpretano nel dubbio a favore dell'altro”. Si tratta di un'innovazione rispetto al codice civile del 1865 introdotta nel codice civile del 1942 che, nell'ambito della disciplina di matrice europea relativa ai contratti col consumatore, ha trovato anche recentemente ulteriore conferma e specificazione. La norma risponde al principio dell'obbligo di chiarezza e realizza un'ulteriore protezione della parte aderente rispetto a quella predisponente. Si introduce infatti un onere specifico a carico di quest'ultima, volto ad evitare ambiguità testuali nella redazione del contratto, pena un'interpretazione sfavorevole nei suoi confronti. Tale disposizione tuttavia, ha un ambito di applicazione relativamente limitato in quanto può e deve applicarsi esclusivamente nell'ipotesi in cui la predisposizione concerna clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli e formulari.

L'art. 1371 cod. civ. pone infine una regola di chiusura in base alla quale, se nonostante l'applicazione dei precedenti articoli il contratto rimane oscuro, esso deve essere interpretato nel senso meno oneroso per l'obbligato se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo temperamento degli interessi delle parti al momento della conclusione del contratto, se è a titolo oneroso.

L'interpretazione secondo buona fede

Caratteristica comune a tutte le norme sull'interpretazione è certamente il destinatario delle medesime, che si identifica non già nelle parti contraenti ma nell'interprete, ossia il giudice chiamato ad esprimersi nel caso concreto. Il richiamo alla buona fede è ricorrente nel codice civile italiano come prescrizione normalmente rivolta alle parti. L'art. 1366 cod. civ., tuttavia, si rivolge all'interprete imponendo un'interpretazione del contratto secondo buona fede. La norma, che si colloca a metà tra le regole di interpretazione soggettiva ed oggettiva, recita testualmente: “Il contratto deve essere interpretato secondo

buona fede". Ad ulteriore chiarimento nella Relazione al Codice²⁶, si sottolinea che in caso di conflitto interpretativo, al fine di dare "la prevalenza alla certezza dell'affidamento e all'esigenza di stabilità dei rapporti giuridici [...], alle proposte e alle dichiarazioni di ciascuna parte, si dovrà attribuire non già il significato soggettivo in cui esse vennero di fatto intese dalla medesima o dalla controparte secondo una sua accidentale impressione, ma il significato oggettivo in cui la parte accettante poteva e doveva ragionevolmente intenderle secondo la regola della buona fede: significato questo, che è il solo normalmente riconoscibile e al quale pertanto l'accettante deve poter fare riferimento. Solo così il legittimo affidamento fondato sul comune significato delle dichiarazioni trova nell'interpretazione una tutela efficace".

Nonostante la apparente chiarezza, la regola dettata dall'art. 1366 cod. civ. è stata ed è oggetto di diverse e talvolta divergenti interpretazioni dottrinali: vi è l'opinione di chi la colloca tra le disposizioni relative all'interpretazione oggettiva²⁷; quella di chi, invece, ne rivaluta la matrice soggettiva e quella²⁸, ancora, di chi vi ravvisa un criterio di controllo²⁹, o ne evidenzia una funzione correttiva³⁰.

La giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione sul punto si mostra invece univoca: essa è assestata su un orientamento consolidato sia in ordine alla lettura dell'articolo in esame che, più in generale, relativamente al procedimento interpretativo nel suo insieme. Il criterio di buona fede di cui all'art. 1366 cod. civ., collocato tra gli strumenti sussidiari di interpretazione oggettiva, corrisponde a "regola oggettiva di lealtà e correttezza alla cui stregua si deve ricostruire la volontà

26 Relazione al Codice Civile nn. 622, 623, 624.

27 CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU e MESSINEO Milano, 1987, VIII, 538; GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit. 199; COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, 32.

28 BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1998, 392; TURCO, *Note in tema di ermeneutica contrattuale e principio di buona fede ex art. 1366 cod. civ.*, in *Riv. critica dir. privato*, 1991, 305; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile* diretto da GROSSO e SANTORO PASSARELLI, Milano, 1966, XI, 179.

29 BESSONE op. cit., 197 e 325; ALPA, *Unità del negozio e principi di ermeneutica contrattuale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1973, I, 1, 1516.

30 BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970, 71; Id., *L'interpretazione del contratto*, in *Il codice civile - Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1991, 197; Id., *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto Civile*, II, Torino, 1988, 154.

delle parti", esso integra, ovvero limita, la portata del contratto solo quando il comune volere non emerge in modo chiaro, certo ed assoluto attraverso l'applicazione degli strumenti ermeneutici principali, poiché altrimenti si finirebbe per attribuire alle parti un *quid pluris* cui costoro ben potrebbero aver espressamente e concordemente rinunciato nella loro pattuizione. La buona fede oggettiva fungerà, quindi, non da regola di condotta ma da criterio di valutazione³¹, al quale il giudice di merito dovrà ricorrere, secondariamente, rispettando la gerarchia delle norme di interpretazione. In sostanza la buona fede è qui intesa come un canone ermeneutico fondato sulla c.d. presunzione di buona fede: si presuppone cioè che le parti si siano comportate secondo buona fede sia nella stipula del contratto sia nella sua esecuzione. Se questa presunzione corrisponde al vero, allora l'attività del giudice, ossia l'interpretazione secondo buona fede, condurrà all'individuazione della reale volontà delle parti. Secondo la giurisprudenza, dunque, questa è l'effettiva portata della buona fede ex art. 1366 cod. civ.. Altre teorie, quali quella della funzione correttiva o della funzione integrativa non sarebbero accettabili, poiché, se è vero che l'ordinamento è in grado di correggere o addirittura integrare le previsioni contrattuali, è altrettanto vero che questa attività si svolge sul piano degli effetti contrattuali e non su quello della volontà dei contraenti.

Nel confermare costantemente tale interpretazione la giurisprudenza sottolinea ancora una volta che se da un lato la funzione propria dell'interprete sia esclusivamente quella di riscoprire la volontà comune delle parti, nascosta sotto le spoglie di una manifestazione imperfetta; dall'altro, il giudice può sempre riportare l'autonomia contrattuale entro i confini della buona fede, che valgono anche in tema di interpretazione.

31 Cass. 14.06.1991, n. 6752, in *Foro it.*, Rep., 1991, voce *Contratto in genere*, n. 28.

Abstract

Amongst the many things that can be formulated about interpretation, it appears that it always mirrors the general orientation of a given legal system: contractual hermeneutics and differences in the interpretative methods not only highlight different balances of the interests at stake, but also underpin issues related to the role of interpretation as a tool within a given legal system. Therefore, the different approach characterising both Common Law and Civil Law is simplifying, because of the heterogeneity in the interpretative rules, with consequences touching upon themes such as certainty and predictability on the one hand, and flexibility and fairness of the interpretative outcome on the other hand. The theme of interpretation, in this respect, mirrors the role assigned by the

legal system to the private autonomy of the parties involved: the hermeneutic procedure reconstructs the body of the contract. The enquiry that follows, after some introductory and comparative hints, focuses on the topic of contractual interpretation within the Italian legal system, starting off with the role covered by the principles of the Civil Code within contractual hermeneutics, evaluating the preceptive extent, also taking into account case-law practiced by the High Court. Finally, the enquiry moves onto the reading of norms, as they fall under two macro-categories of interpretative rules – subjective and objective criteria – and explores their relationships within the hermeneutic process.

Key-words: Contract. Common law. Hermeneutics. Comparative law.

Referência deste artigo

MOSCON, Valentina. L'interpretazione del contratto nell'ordinamento italiano. *Revista da ESMape*, Recife, v. 13, n. 28, p. 591-606, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

Breves comentários jurídicos acerca do início e do fim da vida humana e os seus principais estágios de desenvolvimento segundo o direito brasileiro

Wyllamar Jacinto Oliveira Silva

Bacharel em Direito. Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Resumo

O artigo tem como escopo fazer uma breve conceituação jurídica do que é, quando surge e quando termina a vida humana, bem como, quais são os estágios principais do desenvolvimento humano

considerados atualmente no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Conceito Jurídico de vida humana. Personalidade jurídica. Desenvolvimento humano.

Introdução

Quando a vida humana tem início? O que é vida humana? Essas perguntas contêm um enunciado que remete à regressão infinita: as células humanas no óvulo antes da fecundação, assim como em um óvulo fecundado em um embrião, em um feto, em uma criança ou em um adulto. O ciclo interminável de geração da vida humana envolve células humanas e não humanas, a tal ponto que descrevemos o fenômeno biológico como reprodução, e não simplesmente como produção da vida humana. Isso não impede que nosso ordenamento jurídico e moral

Abstract

Amongst the many things that can be formulated about interpretation, it appears that it always mirrors the general orientation of a given legal system: contractual hermeneutics and differences in the interpretative methods not only highlight different balances of the interests at stake, but also underpin issues related to the role of interpretation as a tool within a given legal system. Therefore, the different approach characterising both Common Law and Civil Law is simplifying, because of the heterogeneity in the interpretative rules, with consequences touching upon themes such as certainty and predictability on the one hand, and flexibility and fairness of the interpretative outcome on the other hand. The theme of interpretation, in this respect, mirrors the role assigned by the

legal system to the private autonomy of the parties involved: the hermeneutic procedure reconstructs the body of the contract. The enquiry that follows, after some introductory and comparative hints, focuses on the topic of contractual interpretation within the Italian legal system, starting off with the role covered by the principles of the Civil Code within contractual hermeneutics, evaluating the preceptive extent, also taking into account case-law practiced by the High Court. Finally, the enquiry moves onto the reading of norms, as they fall under two macro-categories of interpretative rules – subjective and objective criteria – and explores their relationships within the hermeneutic process.

Key-words: Contract. Common law. Hermeneutics. Comparative law.

Referência deste artigo

MOSCON, Valentina. L'interpretazione del contratto nell'ordinamento italiano. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 591-606, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.

Breves comentários jurídicos acerca do início e do fim da vida humana e os seus principais estágios de desenvolvimento segundo o direito brasileiro

Wyllamar Jacinto Oliveira Silva

Bacharel em Direito. Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Resumo

O artigo tem como escopo fazer uma breve conceituação jurídica do que é, quando surge e quando termina a vida humana, bem como, quais são os estágios principais do desenvolvimento humano

considerados atualmente no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Conceito Jurídico de vida humana. Personalidade jurídica. Desenvolvimento humano.

Introdução

Quando a vida humana tem início? O que é vida humana? Essas perguntas contêm um enunciado que remete à regressão infinita: as células humanas no óvulo antes da fecundação, assim como em um óvulo fecundado em um embrião, em um feto, em uma criança ou em um adulto. O ciclo interminável de geração da vida humana envolve células humanas e não humanas, a tal ponto que descrevemos o fenômeno biológico como reprodução, e não simplesmente como produção da vida humana. Isso não impede que nosso ordenamento jurídico e moral

possa reconhecer alguns estágios da Biologia humana como passíveis de maior proteção do que outros.

(Débora Diniz, falando em nome do Instituto de Bioética, Direito Humanos e Gênero (Anis), na audiência pública sobre a Lei de Biossegurança ocorrida em 20/04/2007 no plenário do STF.)

O direito à vida é inerente ao ser humano, posto que sem a concretização deste fato natural (vida) todos os demais direitos não teriam existência; é um direito que prescinde de tutela legal, pois é extraído da própria natureza humana, sendo, por si só, oponível *erga omnes*.¹

O direito à vida não se limita ao direito de viver, mas engloba o direito de existir dignamente. Segundo Maria Helena Diniz, “a vida não é uma concessão jurídico-estatal, nem tão pouco um direito a uma pessoa sobre si mesma. Na verdade, o direito à vida é o direito ao respeito à vida do próprio titular e de todos.” (DINIZ, 2007, p. 118)

A conceituação jurídica do que é, quando inicia e quando termina a vida humana, é imprescindível para a concretização das garantias e direitos estampados na Lei Fundamental, todavia, o cumprimento eficaz dos princípios constitucionais deve estar alinhado e ser dosado de acordo com os estágios do desenvolvimento humano (**a pessoa natural, o nascituro e o embrião**), pois, devido as suas peculiaridades, demandam um tratamento diferenciado no tocante à proteção ao direito fundamental à vida. Logicamente, essas diferenças de tratamento devem estar dentro de um balizamento constitucional.

Portanto, o presente artigo visa fazer uma breve conceituação jurídica do que é, quando inicia e quando termina a vida humana, abordando os seus estágios principais de desenvolvimento conforme as considerações atuais da doutrina e jurisprudência brasileira. Abordaremos também a importância da personalidade jurídica como um dos esteios jurídicos idôneos à distinção dos referidos estágios.

¹ Essas afirmações serão melhor fundamentadas nos capítulos 1 e 2 do deste artigo.

1 O que o nosso ordenamento jurídico entende por vida

Grandes filósofos ao longo da história humana procuraram, sem sucesso, definir o que é a vida, em que momento ela nasce e quando ela morre. Essa pergunta está longe de solução, se é que pode ser resolvida. Shakespeare já dizia em *HAMLET* que há mais coisas entre o céu e a terra do que supõe a nossa vã filosofia (SHAKESPEARE, 1992, p. 28).

O direito à vida é um dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988. Alexandre de Moraes diz que sem ele é impensável concretizar os outros direitos, tendo o Estado a incumbência de assegurar não só a proteção à vida, mas também a dignidade no viver. (MORAES, 2007, p. 30).

Buscar o conceito de vida humana no campo da filosofia, religião ou metafísica é um verdadeiro trabalho de Sísifo², o que não é o nosso objetivo neste trabalho. Já na esfera jurídica, entretanto, é perfeitamente possível delimitar o conceito de vida; basta criar uma norma jurídica tipificando exatamente o que é considerada vida humana, quando começa e quando termina. Evidentemente que essa norma deve estar de acordo com os princípios regentes do ordenamento jurídico nacional, sobretudo com os estampados no texto da Lei Fundamental, a Constituição Federal.

Como bem sabemos, o direito é fruto da cultura e, portanto, expressa os sentimentos de determinado povo. A evolução da sociedade reflete-se no seu ordenamento jurídico. Sendo assim, cabe aos operadores do direito buscarem o aperfeiçoamento das normas em relação à evolução cultural constante da sociedade. Portanto, uma norma que

² “[...]Por toda a eternidade Sísifo foi condenado a rolar uma grande pedra de mármore com suas mãos até o cume de uma montanha, sendo que toda vez que ele estava quase alcançando o topo, a pedra rolava novamente montanha abaixo até o ponto de partida por meio de uma força irresistível. Por esse motivo, a tarefa que envolve esforços inúteis passou a ser chamada **Trabalho de Sísifo**.” Texto retirado do sítio do WIKIPÉDIA. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/S%C3%ADsifo>>. Acesso: 04 out. 2008.

outrora era inconcebível por não ser condizente com o sentimento social daquela época, em outros tempos ganha um significado diferente em relação à nova perspectiva social, tornando-se perfeitamente aceita. Segundo Miguel Reale,

Os valores não são uma realidade ideal que o homem contempla como se fosse um modelo definitivo, ou que só possa realizar de maneira indireta, como quem faz uma cópia. Os valores são, ao contrário, algo que o homem realiza em sua própria experiência e que vai assumindo expressões diversas e exemplares, através do tempo. (REALE, 2002, p. 207)

A análise de leis que qualificam, determinam ou delimitam o conceito de vida humana devem ser comparadas com as diretrizes previstas no texto constitucional para garantir a segurança jurídica e a própria sustentabilidade do sistema jurídico nacional. No âmbito do direito, o conceito de vida está ligado intrinsecamente à noção de **fato jurídico**. Para uma melhor explanação da afirmativa, faremos uma breve conceituação de fato jurídico.

Fatos jurídicos são acontecimentos no mundo fenomênico que são relevantes para o direito, tais como: inundações, terremotos, chuvas, destruição de propriedade, nascimento, morte etc. (DINIZ, 2007, p. 368). Esses fatos são doutrinariamente divididos em fatos naturais (ou fatos jurídicos *stricto sensu*) e atos jurídicos (atos humanos) lícitos e ilícitos. Os atos jurídicos lícitos, por sua vez, são divididos em meramente lícitos e negócios jurídicos.

Os **fatos naturais** são eventos que independem da vontade do homem, mas que podem provocar efeitos jurídicos, como por exemplo, a acessão por avulsão, a seca etc, ou seja, são fatos relevantes para o direito e que não dependem da vontade humana. Já os **atos jurídicos**, necessariamente ocasionam efeitos jurídicos pela **vontade do homem**, tais como: vender uma propriedade, adotar um filho, fazer uma doação etc.

Feito esse breve comentário, percebe-se que a alocação jurídica do que é a vida está contida nos **fatos naturais** e não nos **atos jurídicos**, haja vista que não é possível, por mais vontade que tenha o sujeito, prolongar a vida por um microssegundo a mais.

De acordo com o art. 2º do código civil, a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, logo, já é possível visualizarmos que os conceitos de nascimento, personalidade e vida são diferentes, embora interligados.

Há grande discussão na comunidade científica em relação ao momento exato do início da vida. Podemos delinear quatro correntes nesse sentido:

- a) A **primeira** corrente defende que o início da vida começa com a fecundação, aliás, a tese central da ADIN 3510, formulada pelo então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, foi no sentido de que a utilização de células-tronco embrionárias atentava contra a vida humana, pois ela surgia com a junção do espermatozoide ao óvulo. Tal teoria é defendida pelo especialista em Ginecologia e Membro Emérito da Academia fluminense de Medicina, Dornival da Silva Brandão e pelo professor, já falecido, da Universidade René Descartes, em Paris, Jérôme Lejeune ;
- b) A **segunda** defende que o início da vida começa com a nidação, ou seja, com a implantação do embrião na parede do útero. Essa corrente tem como signatária a Doutoranda em antropologia social e cultural pela University of California, em Berkeley, Leticia da Nóbrega Cesarino. (CESARINO, 2007)
- c) A **terceira** defende que o início da vida começa a partir da terceira semana após a fecundação, haja vista que é nesse período que começam a se formar o sistema nervoso, a placenta, o cordão umbilical, tecidos órgãos etc. (COCHARD, 2003, p. 57). Os defensores desta corrente dizem que devem ser utilizados os mesmos critérios tanto para o início da vida, quanto para o seu término, pois se é pacífico na comunidade científica que a vida humana termina naturalmente com a cessação das atividades encefálicas, o começo da vida deveria se dar do mesmo modo, ou seja, com o início de tais atividades.

d) Por fim, a **quarta** defende que o início da vida começa quando do **nascimento com vida**. Para essa corrente, a vida inicia-se quando do nascituro é separado do cordão umbilical, respira e tem batimentos cardíacos. Nesse sentido, Limongi França diz que “o elemento *vida*, que deve acompanhar o nascimento, parece caracterizar-se pela respiração pulmonar, pois é este o primeiro indício de que a criança já não se alimenta através do organismo materno. Basta um só instante de vida e a personalidade está caracterizada” (FRANÇA, 1996, p. 47). Logo, para ele não basta nascer para estar vivo, é imprescindível a respiração do infante.

O marco inicial da vida é importante para o direito, mas o fator mais relevante é, sem dúvida, a caracterização do início da personalidade jurídica, pois a partir deste fato jurídico é que se estabelecem as relações jurídicas, tais como: direitos personalíssimos, sucessórios etc.

Como explicamos no início deste tópico, o marco inicial da vida, em seu sentido jurídico, deve ser estabelecido de acordo com os princípios regentes do ordenamento jurídico brasileiro, levando-se em conta não somente critérios jurídicos e não biológicos, religiosos ou metafísicos. Nesse sentido, deve-se buscar a solução mais adequada e relevante para o direito, ou seja, interessa saber quando surge a **vida viável**. Assim, juridicamente, filiamo-nos a corrente que defende a **nidação** como o marco inicial da vida, posto que o desenvolvimento humano só se torna viável a partir do momento da implantação do zigoto na parede do útero. Após a nidação, um outro fato relevante para o direito é o do **surgimento dos direitos da personalidade**. É a aquisição dos direitos da personalidade que diferencia a pessoa natural do nascituro.³

Como será visto no tópico 2 do presente artigo, a personalidade jurídica inicia-se do nascimento com vida, ou seja, no Brasil, o ordenamento jurídico caracteriza o início da personalidade como o ato inicial de respiração, logo após o nascimento, mesmo que seja por um breve

³ O conceito de **personalidade será melhor explorado** no tópico 2 deste artigo.

instante. O simples ato de nascer e respirar enseja a aquisição dos direitos da personalidade, implicando, destarte, direitos e deveres ao **nativivo**. Portanto, a verificação da efetiva respiração após o nascimento, é extremamente relevante para o direito brasileiro.

Segundo, Celso Luiz Martins, existem técnicas médicas capazes de verificar a vida extra-uterina, ou seja, se houve respiração pulmonar ou não. As provas obtidas com essas técnicas são chamadas **docimias** e dividem-se em: respiratórias, não respiratórias e ocasionais. (MARTINS, 2006, p. 127). As docimias subdividem-se em:

I. Respiratórias:

→ **diretas**: Tátil de Rojas, **hidrostática de Galeno** e óptica de Bouch & Casper.

→ **indiretas**: Gastro-intestinal de Breslau e Auricular de Wreden-Wendt-Glé.

II. **Não Respiratórias**: Siálica de Dinitz-souza, Alimentar de Bothy e Bacteriana de Malvoz.

III. **Ocasionais**: Copos estranhos, Sinais de sobrevivência e Lesões traumáticas.

No Brasil, a técnica de docimasia mais utilizada é a **hidrostática de Galeno**, que é realizada “iniciando-se a ligadura da traquéia logo após a abertura do corpo e preparando-se um recipiente grande contendo água abundante[...]mergulha-se o bloco das vísceras torácicas na água: havendo flutuação, houve respiração; logo, houve vida” (MARTINS, 2006, p. 127).

Caso não haja respiração após o nascimento, segundo o art. 29, VII, da resolução n. 1/88 do Conselho Nacional de Saúde, o produto da concepção será um **natimorto**:

Art. 29 [...]

VII – **Nascimento Morto** – é a expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, não respire nem tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a placenta. (grifos nossos)

Da mesma forma que aquisição dos direitos da personalidade é extremamente relevante para o direito, **a morte** também o é.

Para o direito brasileiro, a vida da pessoa natural termina com a morte real (natural) ou com a morte ficta. A **morte natural** é “o limite do ciclo vital do homem” (FRANÇA, 1996, p. 62). A **morte presumida**, conforme o Código Civil brasileiro, é aquela em que a lei considera a vida extinta.

Art. 6º. A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva.

O momento da morte é imprescindível ao direito, pois a partir dele advém a dissolução do vínculo matrimonial (art. 1571, I, CC), a extinção do poder familiar (art. 1635, I, CC) a extinção do uso fruto (art. 1.410, CC) etc. A prova da morte se dá através da certidão de óbito, quando for morte natural, ou através de sentença judicial, quando for morte presumida, obtida a partir de provas indiretas, quando é presumida a morte por ser extremamente improvável a sobrevivência da pessoa natural devido às circunstâncias fáticas.

A **morte natural** é diagnosticada pelo médico, o qual, a partir de parâmetros clínicos, constata a morte. No Brasil o principal parâmetro para constatar a morte é a paralisação da atividade encefálica. A principal norma que disciplina a matéria no Brasil é a resolução 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina. A referida resolução dispõe:

Art. 1º. **A morte encefálica** será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, **próprios para determinadas faixas etárias**.
(grifos nossos)

Art. 3º. A morte encefálica deverá ser **conseqüência de processo irreversível** e de causa conhecida.
(grifos nossos)

O **primeiro artigo** da resolução determina que o médico realize várias aferições no corpo do suposto morto (através de exames e em horários distintos), antes de concluir que ocorreu a morte encefálica. O **terceiro artigo** complementa que para a afirmação de que ocorreu a morte encefálica, o médico deverá verificar que as suas conseqüências são irreversíveis. Os parâmetros clínicos a serem observados para a constatação de morte encefálica estão presentes no **artigo quarto**. Vejamos:

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supraespinal e apnéia.
(grifos nossos)

Atividade motora supraespinal é o movimento do tórax ocasionado pela entrada e saída do ar dos pulmões. **Apnéia** é a suspensão voluntária ou involuntária da respiração, ou seja, para determinar a morte, além da ausência de atividade encefálica, o médico deverá constatar que não há respiração. Para diminuir a possibilidade de diagnóstico errado, o **artigo quinto** determina que, para a caracterização da morte encefálica, o médico deverá realizar duas avaliações clínicas em intervalos variantes de acordo com a faixa etária do falecido.

Art. 5º. Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado:

- a) de 7 dias a 2 meses incompletos - **48 horas**
- b) de 2 meses a 1 ano incompleto - **24 horas**
- c) de 1 ano a 2 anos incompletos - **12 horas**
- d) acima de 2 anos - **6 horas**

(grifos nossos)

Percebemos, portanto, que quanto mais jovem for o falecido, maior será o intervalo entre as duas avaliações clínicas. Isso ocorre porque, em geral, o diagnóstico em corpos com pouco desenvolvimento é mais difícil de ser realizado.

Por fim, a parte final do diagnóstico consiste na realização de exames complementares, os quais são explicitados no **artigo sexto** e efetuados de acordo com a faixa etária (**artigo sétimo**).

Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica **deverão demonstrar de forma inequívoca:**

- a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,
- b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,
- c) ausência de perfusão sanguínea cerebral.

(grifos nossos)

Art. 7º. Os exames complementares serão utilizados **por faixa etária**, conforme abaixo especificado:

- a) acima de 2 anos - um dos exames citados no Art. 6º, alíneas “a”, “b” e “c”;
- b) de 1 a 2 anos incompletos: um dos exames citados no Art. 6º, alíneas “a”, “b” e “c”. Quando optar-se por eletroencefalograma, serão necessários 2 exames com intervalo de 12 horas entre um e outro;

- c) **de 2 meses a 1 ano incompleto** - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 24 horas entre um e outro;
- d) de 7 dias a 2 meses incompletos - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 48 horas entre um e outro.

(grifos nossos)

Por sua vez, a declaração de **morte ficta** cabe ao juiz, o qual deverá “fixar na sentença a data da morte presumida do desaparecido, requisito que é essencial, melhor cabendo estabelecê-la no dia de sua última notícia, na ausência de critério mais seguro, segundo a prova apresentada.”(VENOSA, 2004, p. 193). O atual código civil estabelece duas formas de morte ficta: morte presumida **com declaração** de ausência ou **sem declaração** de ausência.

A morte presumida **sem a declaração** de ausência está disciplinada no art. 7º, do CC, e estabelece que:

Art.7º. Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

- I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;
- II – se alguém desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento

O artigo supracitado é aplicável quando há uma **grande** probabilidade de a pessoa estar morta. Neste caso, a parte interessada deverá solicitar a declaração de morte presumida através de um **procedimento de justificação**. Ao final do processo, o juiz fixará a data da morte. Aliás, a disposição do artigo 7º do código civil está em sintonia com a lei 6015/73 (lei dos Registros públicos), pois a mesma diz que:

- a) de 7 dias a 2 meses incompletos - **48 horas**
- b) de 2 meses a 1 ano incompleto - **24 horas**
- c) de 1 ano a 2 anos incompletos - **12 horas**
- d) acima de 2 anos - **6 horas**

(grifos nossos)

Percebemos, portanto, que quanto mais jovem for o falecido, maior será o intervalo entre as duas avaliações clínicas. Isso ocorre porque, em geral, o diagnóstico em corpos com pouco desenvolvimento é mais difícil de ser realizado.

Por fim, a parte final do diagnóstico consiste na realização de exames complementares, os quais são explicitados no **artigo sexto** e efetuados de acordo com a faixa etária (**artigo sétimo**).

Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica **deverão demonstrar de forma inequívoca:**

- a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,
- b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,
- c) ausência de perfusão sanguínea cerebral.

(grifos nossos)

Art. 7º. Os exames complementares serão utilizados **por faixa etária**, conforme abaixo especificado:

- a) acima de 2 anos - um dos exames citados no Art. 6º, alíneas “a”, “b” e “c”;
- b) de 1 a 2 anos incompletos: um dos exames citados no Art. 6º, alíneas “a”, “b” e “c”. Quando optar-se por eletroencefalograma, serão necessários 2 exames com intervalo de 12 horas entre um e outro;

- c) **de 2 meses a 1 ano incompleto** - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 24 horas entre um e outro;
- d) de 7 dias a 2 meses incompletos - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 48 horas entre um e outro.

(grifos nossos)

Por sua vez, a declaração de **morte ficta** cabe ao juiz, o qual deverá “fixar na sentença a data da morte presumida do desaparecido, requisito que é essencial, melhor cabendo estabelecê-la no dia de sua última notícia, na ausência de critério mais seguro, segundo a prova apresentada.”(VENOSA, 2004, p. 193). O atual código civil estabelece duas formas de morte ficta: morte presumida **com declaração** de ausência ou **sem declaração** de ausência.

A morte presumida **sem a declaração** de ausência está disciplinada no art. 7º, do CC, e estabelece que:

Art.7º. Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

- I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;
- II – se alguém desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento

O artigo supracitado é aplicável quando há uma **grande** probabilidade de a pessoa estar morta. Neste caso, a parte interessada deverá solicitar a declaração de morte presumida através de um **procedimento de justificação**. Ao final do processo, o juiz fixará a data da morte. Aliás, a disposição do artigo 7º do código civil está em sintonia com a lei 6015/73 (lei dos Registros públicos), pois a mesma diz que:

Art. 88. Poderão os Juízes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame.

Parágrafo único. Será também admitida a justificação no caso de desaparecimento em campanha, provados a impossibilidade de ter sido feito o registro nos termos do artigo 85 e os fatos que convençam da ocorrência do óbito.

Por sua vez, a morte presumida **com declaração** de ausência, é cabível quando há uma **menor** probabilidade de morte. Neste caso, a declaração de morte deverá seguir o **procedimento de ausência** previsto nos arts. 22 a 29 do CC. O procedimento de ausência pode ser dividido em **três fases**:

Na **primeira**, o juiz nomeia o curador que vai administrar os bens do ausente. Esta fase é conhecida como **curadoria do ausente**. Ressaltamos que a curadoria é dos **bens** do ausente e não **da pessoa** do ausente.

A **segunda**, conhecida como **sucessão provisória**, ocorre quando, passados (01) um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou (03) três anos na hipótese de ter deixado um representante ou mandatário, os interessados requerem a abertura da sucessão provisória. Com a abertura da sucessão provisória, o ausente passa a ser tratado como se fosse morto, mas a sua morte **não é declarada**. Se os herdeiros não forem ascendentes, descendentes, cônjuges ou companheiro, será **exigida caução** para haja posse provisória dos bens do ausente.

Por fim, a **terceira** é a **sucessão definitiva**. Nesta fase, somente após (10) dez anos do **trânsito em julgado** da sucessão provisória é que o interessado poderá requerer a definitividade da sucessão. Com a abertura da sucessão definitiva, as cauções, porventura prestadas, serão levantadas e será **declarada a morte presumida** do ausente.

Uma observação importante é que o art. 38 do Código Civil, relativiza a regra que determina que a sucessão definitiva somente ocorrerá (10) dez anos após o trânsito em julgado da provisória, pois tal artigo estabelece que se o ausente contar com mais de (80) oitenta anos de idade e que faz (05) cinco anos a data de suas últimas notícias, o juiz poderá declará-lo morto e, portanto, definitiva a sucessão. Outrossim, se o ausente (ou algum herdeiro seu), regressar nos (10) dez anos seguintes a abertura da sucessão definitiva, terá direito a receber os seus bens no estado em que se encontrem (ou aos que foram sub-rogados em seu lugar), ou ao produto obtido com a venda destes, conforme o art. 39 do CC.

Estas seriam as ponderações que gostaríamos de fazer a respeito do conceito de morte para o direito brasileiro.

Portanto, considerando a nidação como marco inicial da vida humana⁴ e a morte (real ou ficta) como o seu término, conceituamos que, baseado na doutrina supracitada, a vida é o período intermediário entre a nidação e a morte, sendo certo que o direito fundamental à vida só abrange esse período.

Agora, passaremos a analisar os estágios de desenvolvimento humano reconhecidos pelo nosso ordenamento jurídico.

2 Os estágios de desenvolvimento humano reconhecidos no direito brasileiro e a personalidade jurídica como seu elemento diferenciador

O atual código civil brasileiro diferencia dois estágios de desenvolvimento humano: **o nascituro e a pessoa natural**. Cada uma dessas formas de vida possui direitos e garantias diferentes. O nascituro é um ente **concebido**⁵ e que está por nascer. Está no ventre materno

4 Vida humana em seu sentido jurídico.

5 Para o nosso estudo, considera-se concepção o momento em que há a **nidação**, ou seja, quando o embrião se fixa no endométrio.

e poderá futuramente ser sujeito de direito, desde que venha a nascer com vida.

A pesar de ainda não ser sujeito de direito, o ordenamento jurídico protege essa forma de vida, pondo a salvo os seus direitos desde a concepção. (art. 2º, CC). Os direitos do nascituro são tutelados por diversos ramos do direito. Na esfera civil, o nascituro pode:

- a) Ser reconhecido como filho (art. 1609, p. único, CC) ;
- b) Ser beneficiário de doação, desde que aceita por seu representante legal (art. 542, CC);
- c) Adquirir herança (art. 178 e 179, I, CC) etc.

Na esfera penal, o aborto, ou seja, a interrupção do desenvolvimento do nascituro, é tratado no capítulo referente aos crimes contra a pessoa, apesar de ele ainda não ser considerado pessoa humana, como demonstra Cezar Roberto Bitencourt, o aborto

Comparativamente ao crime de homicídio, apresentam-se duas particularidades: uma em relação ao objeto da proteção legal e outra em relação ao estágio da vida que se protege. Relativamente ao objeto, não é a pessoa humana que se protege, mas a sua função embrionária ; em relação ao aspecto temporal, somente a vida intra-uterina, ou seja, desde a concepção até momentos antes do início do parto.

(BITENCOURT, 2007, p. 128)

É importante destacar que o nascituro só tem expectativa de direito, a qual se converterá em efetivo direito quando houver o nascimento com vida. Nesse sentido, mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e do novo código civil, o Supremo Tribunal Federal já entendia que a condição de nascituro só gerava uma expectativa de direito, sendo essa condição causa suspensiva dos direitos da personalidade da pessoa que estava por vir.

CIVIL. NASCITURO. PROTEÇÃO DO SEU DIREITO, NA VERDADE PROTEÇÃO DE EXPECTATIVA, QUE SE TORNARÁ DIREITO, SE ELE NASCER VIVO. VENDA FEITA PELOS PAIS A IRMÃ DO NASCITURO. AS HIPÓTESES PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL, RELATIVAS A DIREITOS DO NASCITURO, SÃO EXAUSTIVAS, NÃO OS EQUIPARANDO EM TUDO AO JÁ NASCIDO. (STF- RE 99038, 18-10-1983, 2ª turma – Rel. Francisco Rezek)

Por seu turno, o nascido com vida é a **pessoa natural**, ou seja, é aquela que **possui personalidade jurídica**, sendo esta uma projeção da personalidade íntima, psíquica e social que proporciona a individualidade de cada ser humano. “Pessoa natural é o ser humano considerado como sujeito de direitos e obrigações”. (DINIZ, 2007, p. 143)

Segundo Venosa,

Assim, ao conjunto de poderes conferidos ao homem para figurar nas relações jurídicas dá-se o nome personalidade. A capacidade é elemento desse conceito. Ela confere o limite da personalidade. Se a capacidade é plena, o indivíduo conjuga tanto a capacidade de direito como a capacidade de fato; se é limitada, o indivíduo tem capacidade de direito, como todo ser humano, mas a sua capacidade de exercício está mitigada; nesse caso a lei lhe restringe alguns ou todos os atos da vida civil. (VENOSA, 2004, p. 148)

Os direitos da personalidade estão intimamente ligados ao **ser humano**, pois é nela que se apóiam todos os demais direitos. Para Maria Helena Diniz, os direitos da personalidade “são direitos da pessoa defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, familiar e social)” (DINIZ, 2007, p. 119-120). Logo, os direitos da personalidade possuem as seguintes características:

- a) são inatos ou originários, ou seja, são adquiridos com o nascimento.
- b) são vitalícios, pois perduram por toda vida.
- c) são inalienáveis, a princípio estão fora de comércio e não possuem valor econômico.
- d) têm oposição *erga omnes*.

(BORDA, 1991, p. 315)

A **personalidade civil** não se confunde com a **capacidade**, sendo esta um limite daquela. (DINIZ, 2007, p. 144). A doutrina distingue a **capacidade de direito** da **capacidade de fato**. A capacidade de direito é aptidão que todos os seres que nasceram com vida têm de adquirir direitos. Por sua vez “...a capacidade de fato é a aptidão para exercer por si mesma os atos da vida civil. Essa aptidão requer certas qualidades, sem as quais a pessoa não terá plena capacidade de fato. Resulta, pois, que a incapacidade pode ser absoluta ou relativa.” (VENOSA, 2004, p. 148). A projeção econômica dos direitos da personalidade é o **patrimônio**. Há, no entanto, direitos subjetivos que fazem parte da personalidade tais como:

- a) Direito ao corpo vivo ou morto. (arts. 13 a 15, CC)
- b) Direito ao nome. (arts 16 a 19, CC)
- c) Direito à imagem. (art. 20, CC)
- d) direito à privacidade.(art. 21, CC) etc.

O homem só se torna sujeito de direitos com início da personalidade, portanto, a sua delimitação temporal é imprescindível. Destacamos na doutrina brasileira, três teorias a respeito do início da Personalidade.

A primeira chama-se **Teoria Natalista**, segundo a qual a personalidade jurídica ocorre a partir do nascimento com vida, tendo, o nascituro, todos os direitos sob condição suspensiva, ou seja, tanto a aquisição,

quanto o exercício de direitos patrimoniais ou da personalidade, ficam suspensos até o seu nascimento com vida. Defendem essa teoria, entre outros, Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio Rodrigues e Pontes de Miranda.

Para a **Teoria da Personalidade Condicional**, a personalidade jurídica se inicia com a concepção, mas seus efeitos só se operam com o nascimento com vida. É semelhante a primeira teoria. Defende essa teoria, entre outros, Washington de Barros Monteiro.

Por fim, existe a **Teoria Conceptista**, a qual se subdivide em:

a) conceptista radical: segundo a qual o início da personalidade ocorre a partir da concepção e, nesse momento, o nascituro adquire, de forma definitiva, **todo e quaisquer tipos direitos**, sejam eles direitos da personalidade ou direitos patrimoniais. Euclides de Oliveira, presidente do IBDFAM-SP, é defensor dessa teoria.

b) Conceptista moderada:

→ **Formal:** segundo a qual a personalidade surge a partir da concepção e o nascituro tem aptidão para ser titular de **alguns direitos da personalidade**, tais como: direito à vida, direito a alimentos, direitos à imagem e a honra.

→ **Material:** segundo a qual o nascituro, a partir da concepção, tem aptidão para ser titular **somente de direitos patrimoniais** e, no exato momento do nascimento com vida, adquire também os direitos da personalidade. Alguns autores que defendem essa teoria são: Maria Helena Diniz, Silmara Chinelato e Maria Berenice Dias.

No direito comparado, Maria Helena Diniz destaca que para o direito civil da França e da Holanda (art. 3º) não basta o nascimento com vida para que o nascituro adquira personalidade jurídica, o recém-nascido tem que ser viável. Se nascer com vida, sua personalidade remontará à concepção.

Para o direito espanhol, o recém-nascido deve ter forma humana e viver por no mínimo 24 horas. Dispõe o código civil espanhol que:

Art.29. El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente

Art. 30. Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. ⁶

(grifado)

Para o direito português, é necessário que o infante tenha forma humana. (art. 6 °, código civil português).

Segundo o Código Civil brasileiro o nascimento com vida é o que confere personalidade ao ser humano, ou seja, os direitos da personalidade só se concretizam **com o nascimento com vida**.

Art.2º A personalidade civil da pessoa começa do **nascimento com vida**; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (grifos nossos)

Como foi visto acima, para a legislação civil brasileira, os direitos da personalidade só surgem quando houver nascimento com vida. Todavia, alguns direito patrimoniais podem ser exercidos pelo nascituro, através de seu representante, tais como: ser beneficiário de doação, art. 542, CC, adquirir herança art. 178 e 179, I, CC, ser reconhecido como filho, art. 1609, p. único, CC, etc.

Entendemos ser mais acertada a teoria **conceptista moderada material**, haja vista que, conforme o demonstrado até então, o nasci-

⁶ **Art.29.** O nascimento determina a personalidade; mas o concebido só é considerado nacido para todos os efeitos que lhe são favoráveis, desde que nasça com nas condições expressas do artigo seguinte.

Art. 30. Para os efeitos civis, só se considerará nacido o feto que tenha forma humana e que viva vinte e quatro horas totalmente fora do útero materno.

turo é detentor de alguns direitos patrimoniais que devem ser tutelados pelo Estado, mas não tem personalidade jurídica, pois os direitos da personalidade somente se farão presentes no momento do seu nascimento com vida. Lembrando que no Brasil, o conceito de nascimento com vida é dado pela resolução n. 1/88 do Conselho Nacional de Saúde, a qual dispõe:

Art. 29 [...]

VI – **Nascimento Vivo** – é a expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, respire e tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a placenta;

(grifos nossos)

Feita essa introdução a respeito do **início da personalidade**, elemento chave que diferencia os direitos da pessoa natural e do nascituro, e analisando o art. 2º do código civil brasileiro, podemos visualizar num primeiro momento apenas dois estágios de desenvolvimento humano:

- a) o nascituro, ou seja, aquele que está no ventre materno, mas não nasceu, só tem expectativa de direitos, os quais só serão concretizados com o nascimento com vida; e
- b) a pessoa natural, como sendo aquela que nasceu e que adquiriu todos os direitos da personalidade.

Entretanto, devido ao avanço da medicina celular, podemos visualizar, nos tempos atuais, outro estágio de desenvolvimento humano: o **embrião**, como sendo aquele ser que foi gerado *in vitro*, e não está no ventre materno, não sendo nem nascituro nem pessoa natural, elevando a três, portanto, os estágios de desenvolvimento humano relevantes para o direito: **o embrião, o nascituro e a pessoa natural**. Detalharemos melhor o conceito de embrião abaixo.

2.1 O embrião como espécie diferenciada

O embrião se forma a partir da junção do espermatozóide com o óvulo, dando origem ao zigoto ou ovo. “Formado o ovo, evolui para o embrião e esse para o feto⁷, constituindo a primeira fase de formação da vida. A destruição dessa vida até o início do parto configura o aborto, que pode ou não ser criminoso. Após iniciado o parto, a supressão da vida constitui homicídio[...]” (BITENCOURT, 2007, p. 129).

O embrião para se transformar em nascituro (ou feto) **precisa se fixar no endométrio**, ocorrendo o fenômeno da **nidação**, ou seja, somente com a retenção daquele à parede do útero é que existirá este. Em outras palavras, o embrião é um óvulo fecundado fora de um útero. Nesse sentido, “[...]poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intra-uterina tem o nascituro e na vida extra-uterina tem o embrião, concebido *in vitro*[...]Assim sendo, na fecundação de proveta, embora seja a fecundação do óvulo, pelo espermatozóide, que inicia a vida⁸, é a nidação do zigoto ou ovo que a garantirá[...]” (DINIZ, 2007, p. 196)

Temos, portanto, reconhecidas no ordenamento jurídico brasileiro, três formas de desenvolvimento humano, as quais não se confundem entre si e que têm direitos e garantias de acordo com a sua situação peculiar, a saber: **a pessoa natural, o nascituro e o embrião**. Inclusive, está tramitando na câmara dos deputados o **projeto de lei n. 6960/2002**, de autoria do já falecido Ricardo Fiúza, que pretende alterar o artigo segundo do atual código civil, dando a seguinte redação:

Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do **embrião e os do nascituro**.
(grifos nossos)

7 Feto é o mesmo que nascituro segundo o art. 29 da resolução n. 1/88 do Conselho Nacional de Saúde.

8 O início da vida para a referida autora se inicia com a fecundação do óvulo. Todavia, como estamos demonstrando nesse artigo, juridicamente o início da vida começa com a nidação.

Com essa proposta de alteração do código civil brasileiro, visualizamos claramente as três formas de vida humana.

Como afirmamos no capítulo 1 do presente artigo, o conceito jurídico do que é vida e o seu início deve estar pautado na efetiva possibilidade de o produto da concepção vir a adquirir os direitos da personalidade. Na ocasião, também afirmamos que tal conceito deve estar fundado nos princípios norteadores do ordenamento jurídico. Assim sendo, explicamos que, ao nosso ver, a teoria que melhor fundamenta o começo jurídico da vida é aquela que tem na **nidação** o seu marco inicial, pois este é o momento em que surge a **vida viável**, ou seja, só há possibilidade do embrião se tornar um sujeito de direitos e obrigações quando ele for implantado no útero materno, ocasião em que passará a ser nascituro e, destarte, ficará sob a tutela de todos os direitos inerentes a esta condição, garantidos pela legislação constitucional e infraconstitucional, conforme expomos acima.

Logo, o embrião não tem propriamente um direito à vida⁹, haja vista que juridicamente a vida só existe a partir da nidação, mas tem, tão-somente, uma proteção constitucional e legal a sua produção e manipulação¹⁰, posto que os embriões humanos não são apenas um conglomerado de células, mas sim um complexo de material genético humano que deve ser produzido e/ou manipulado de forma a respeitar os limites jurídicos norteadores da Lei Maior.

3 Conclusão

Logo, em face do exposto, entendemos que há atualmente no direito brasileiro três estágios de desenvolvimento humano inconfundíveis entre si e que comportam diferentes proteções jurídicas, sendo o

9 Ao nosso ver, a proteção ao direito fundamental à vida prevista no art. 5º da Constituição Federal e em leis infraconstitucionais, como por exemplo o Código Penal, só abrange o **nascituro** e a **pessoa natural**.

10 Ver o art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005)

estágio embrionário aquele período em que o produto da fecundação (embrião) encontra-se fora do útero materno (a fecundação pode ter ocorrido por meios naturais ou por fertilização *in vitro*, pois o que caracteriza a situação de embrião é o fato desse resultado biológico ainda não ter se acoplado à parede do útero); o **estágio de nascituro** como sendo aquele que se inicia no momento da implantação do embrião no útero materno, ocorrendo o fenômeno da nidação, e que se extingue quando o feto nasce e respira (lembrando que o nascituro possui proteção jurídica à sua vida e detém alguns direitos patrimoniais, todavia, ainda não possui direitos da personalidade); e, por fim, o último estágio surge após o nascimento e a primeira respiração do infante (o que antes era nascituro transforma-se em **pessoa natural** e é a partir desse instante que o indivíduo adquire todos os direitos da personalidade). Outrossim, conforme o fundamentado ao logo do presente artigo, a vida humana compreende, juridicamente, o período entre a nidação e a morte (natural ou ficta), posto que somente nesse período é que há uma efetiva proteção jurídica ao direito fundamental à vida.

Concluimos, portanto, que a concretização dos direitos e garantias estruturantes do Estado Democrático de Direito, estampados no corpo da Lei Maior, só serão plenamente aplicados se estiverem dosados adequadamente às realidades fáticas e jurídicas de cada indivíduo e conforme o seu estágio de desenvolvimento humano, ou seja, a aplicação da tutela estatal na proteção de direitos e na imposição de deveres deve ser direcionada à condição específica de cada ser, levando-se em conta a carga jurídica inerente a sua situação de embrião, de nascituro ou de pessoa natural, pois somente desta maneira haverá uma verdadeira efetivação, no plano concreto, da **máxima aristotélica** segundo a qual os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades. (ARISTÓTELES, 2001 p. 109).

Judicial commentaries about the beginning and the end of the human life and their main stages of development according the right brazilian

Abstract

This article has the scope to make a brief juridical concept about what is, when start and when ends the human life, and what are the principals stages of human

development as currently in Brazilian law.

Key-words: Legal Concept of human life. Legal personality. Human development.

Referências

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Editora e Livraria Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Coords). **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2005.
- BESSA, Leonardo Rascoe. **Direitos da personalidade**. Disponível em: <www.redebrasil.inf.br/0artigos/personalidade.htm>. Acesso em: 05 set.2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 1997.

BORDA, Guillermo A. **Tratado de derecho civil: parte general**. 10. ed. Buenos Aires: Perrot, 1991.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina: 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 5 ed. Portugal: Livraria Almedina, 2002.

CESARINO, Letícia. **Nas fronteiras do “humano”: os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões**. Rio de Janeiro, *Mana* v. 13, n. 2, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010493132007000200003&lng=ES&nrn=iso&tlng=ES>. Acesso em: 09 set.2008.

COCHARD, Larry R. **Atlas de Embriologia Humana de Netter**. Porto Alegre: Artmed, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria geral do direito civil**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FIÚZA, César. **Direito Civil**. 8. ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARTINS, Celso Luiz. **Medicina Legal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista diálogo jurídico**, Salvador, n. 10, Jan. 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **O direito civil em face das novas técnicas de reprodução assistida**. Disponível em: <www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2747>, Acesso em: 03 set.2008.

NORBIM, Luciano Dalvi. **O direito do nascituro à personalidade civil**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

PEREIRA, Lygia da Veiga. A importância do uso das células tronco para a saúde pública. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v.13, n.1, jan./fev.2008. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232008000100002&lng=pt&nrn=iso. Acesso em: 04 abr.2008.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. Disponível em <www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>. Acesso em: 02 set. 2008.

RICHARDSON, Roberto. J. **Pesquisa social: métodos e técnicas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. 3. ed. New York: Dover Thrift, 1992.

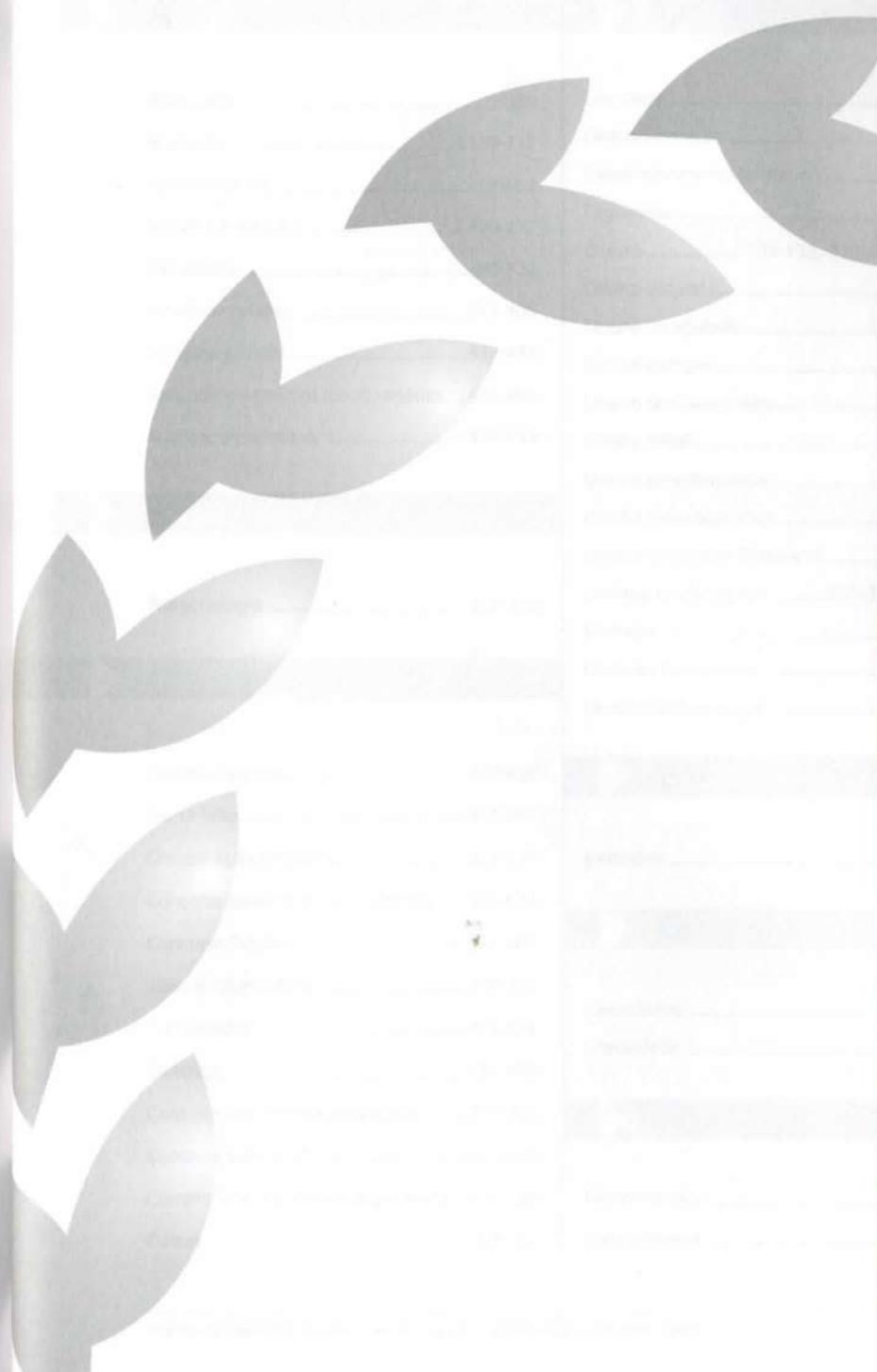
SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

Referência deste artigo

SILVA, Wyllamar Jacinto Oliveira. Breves comentários jurídicos acerca do início e do fim da vida humana e os seus principais estágios de desenvolvimento segundo o direito brasileiro. **Revista da ESMape**, Recife, v. 13, n. 28, p. 607-632, jul./dez. 2008.

* Artigo recebido em: 03 dez. 2008. Aprovado em: 17 jan. 2009.



A

Ação Penal.....	17-38
Apelação.....	179-212
Aposentadoria	39-62
Art. 285-A, do CPC.....	179-212
Assistência	99-112
Atividade jurídica	373-406
Ativismo judicial	407-434
Atos administrativos discricionários.....	435-458
Audiência preliminar	407-434

B

Biotecnologia	213-242
---------------------	---------

C

Caráter dialético.....	407-434
Carnê-leão.....	525-562
Comparação e método.....	293-314
Conceito Jurídico de vida humana	607-632
Concurso Público.....	373-406
Constitucionalidade	179-212
Consumidor.....	483-524
Contrato.....	591-606
Controle de Constitucionalidade	265-292
Controle judicial	435-458
Cumprimento Provisório da Sentença ...	113-128
Custas	99-112

D

Denúncia	17-38
Desaposentação	39-62
Desenvolvimento humano	607-632
Dignidade	563-590
Direito	129-152, 213-242, 293-314
Direito autoral.....	315-352
Direito comparado.....	591-606
Direito comum	591-606
Direito do Consumidor.....	483-524
Direito Penal.....	563-590
Direito previdenciário	39-62
Direito Processual Civil	113-128
Direito Processual Tributário	63-98
Direitos fundamentais	315-352, 353-372
Divórcio	243-264
Divórcio Consensual.....	243-264
Divórcio Extrajudicial	243-264

E

Embriões	213-242
----------------	---------

G

Garantismo	563-590
Gratuidade	99-112

H

Hermenêutica.....	591-606
Heterogênesse	129-152

I

Imposto de Renda	525-562
Incidência de Multa de 10% (dez por cento) sobre a Condenação.....	113-128
Informática.....	315-352

J

Juiz Substituto.....	373-406
Juizados	153-178
Julgamento antecipado.....	563-590
Julgamento de matéria constitucional.....	63-98

L

Legislação Pertinente.....	459-482
Lei Maria da Penha	153-178
Lei nº 11.277/2006	179-212
Limites extrínsecos	315-352

M

Monogênese	129-152
Multa fiscal	525-562

P

Pagamento	99-112
Personalidade jurídica	607-632
Pesquisa	293-314
Preços de transferência	459-482
Princípio da proporcionalidade	353-372
Princípio do Arm's lenght e da independência dos estabelecimentos ...	459-482

Princípios de Direito	483-524
Processo administrativo tributário federal	63-98
Processo Civil Brasileiro	407-434
Processo	129-152
Proporcionalidade	435-458

Q

Queixa	17-38
--------------	-------

R

Razoabilidade	435-458
Recurso Extraordinário	265-292
Reforma Processual Penal	17-38
Rejeição	17-38
Renúncia à aposentadoria	39-62
Repercussão Geral das Questões Constitucionais	265-292
Resolução nº 11/06, do CNJ.	373-406

S

Separação	243-264
-----------------	---------

T

Teoria Geral	483-524
--------------------	---------

V

Vida	213-242
Violência contra a Mulher.....	153-178

Normas para publicação de trabalhos

A Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Desembargador Cláudio Américo de Miranda - ESMAPE recebe trabalhos para serem analisados e, eventualmente, publicados na *Revista da ESMAPE*, que obedecem às exigências:

1 Da apresentação

1.1 Serem inéditos, nos formatos impressos e eletrônicos. Trabalhos que tenham sido apresentados oralmente em congressos, seminários e eventos correlatos serão aceitos, desde que mencionem o evento em nota de rodapé.

1.2 Devem ser apresentados em papel branco, formato A4 (21,0 cm x 29,7 cm), digitados em word for windows, fonte times new Roman ou arial, tamanho 12, espaçamento 1½ entre linhas, vir acompanhados de cd-rom e duas cópias impressas. Não devem ser encadernados.

1.3 Conter no máximo 25 (vinte) laudas e as partes do trabalho serem subdivididas por numeração progressiva, conforme a ABNT/NBR-6024/2003, adotando-se algarismos arábicos. Os títulos das seções do trabalho devem ser alinhados na margem esquerda e não utilizar ponto ou hífen após o numeral, mas um espaço.

1.4 O trabalho deverá apresentar, logo após o título e subtítulo (se houver), o nome completo do autor, resumo curricular de, no máximo, 10

linhas, contendo sua situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertence e exercício profissional atual.

2 Da estrutura do trabalho

O trabalho deverá obedecer à seguinte ordem:

- I. Título e subtítulo (se houver)
- II. Nome e titulação acadêmica
- III. Resumo na língua vernáculo com até, no máximo, 250 palavras (NBR –6028/2003), seguido de 4 palavras-chaves, separadas por ponto, que deverão indexar o artigo.
- IV. Introdução
- V. Desenvolvimento
- VI. Conclusão
- VII. Tradução do título do trabalho para a língua inglesa
- VIII. Resumo na língua inglesa (abstract) com até, no máximo, 250 palavras (NBR–6028/2003), seguido de 4 palavras-chaves (keywords), separadas por ponto, que deverão indexar o artigo.
- VIII. Referências – em ordem alfabética e normatizadas de acordo às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (NBR 6023/2002).

2.1 A *Revista da ESMAPE* adota para todas as subdivisões primárias e secundárias do trabalho o uso de negrito, utilizando-se as letras iniciais em maiúsculas, obedecendo às normas gramaticais.

2.2 Deve-se evitar o uso de negrito e sublinhado no corpo do trabalho. A *Revista da ESMAPE* adota o uso de negrito para destacar o título das obras citadas nas referências apresentadas no final do trabalho.

2.2 Todas as citações apresentadas no corpo do trabalho devem indicar a fonte e serem descritas de acordo a norma da ABNT (NBR 10520/2002). O autor poderá apresentar as citações no formato do sistema numérico (notas de rodapé) ou autor-data. Qualquer sistema escolhido deve ser usado em todo o trabalho.

2.2.1 De acordo com a NBR 10520/2002, toda a citação textual que ultrapassar três linhas deverá ser transcrita com recuo de parágrafo de, aproximadamente, 4 cm da margem esquerda, fonte 10, espaçamento simples, sem uso de aspas. Para destacar trechos da citação, usar negrito e a expressão - grifo nosso - entre parênteses. Deve-se evitar sublinhado e itálico (exceto para palavras estrangeiras).

2.2.2 O autor que adotar o sistema numérico (notas de rodapé), ao citar uma obra pela primeira vez no trabalho, deverá apresentá-la com todos os dados identificadores: autor, título, edição, tradução, local, editora, data e página onde a citação se encontra na obra original.

2.2.3 O autor que adotar o sistema autor-data poderá utilizar o numérico apenas para notas explicativas sobre o texto.

2.3 A lista de referências no final do trabalho é obrigatória.

2.3.1 Orientações básicas para elaboração de referências

2.3.1.1 Livros (trabalho monográfico)

a) Livro considerado como um todo

SOBRENOME DO AUTOR ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER), prenome. Título do livro, subtítulo (se houver). Número da edição. Local: Editora, data de publicação, volume ou tomo, quantidade de páginas.

Exemplos:

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, procedimentos especiais**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.III, 486 p.

STOCO, Rui; **FRANCO**, Alberto Silva (Coord.). **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1 - parte geral, 2106 p.

b) Capítulo de livro

SOBRENOME DO AUTOR QUE ESCREVEU O CAPÍTULO ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER), prenome. Título do capítulo. In: **SOBRENOME DO AUTOR DO LIVRO**, prenome. Título do livro; subtítulo (se houver). Número da edição. Local: Editora, data de publicação, volume ou tomo, quantidade de páginas.

Exemplo:

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Poder e justiça. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha**. Burueiri: Manole, 2005.

Notas

- Edição: quando o livro se trata da primeira edição, não é necessário citá-la na referência.

Use: 12.ed. Não use: 12º edição ou 12º ed.

- Livros escritos por mais de três autores: cita-se o primeiro autor seguido da expressão, em latim, “et al.”. Esta regra tem exceção em projetos de pesquisas e relatórios técnicos.

- Não use: “Referências Bibliográficas” para relação de livros consultados, incluindo trabalhos capturados na internet. Use: “Referências”.

2.3.1.2 Periódicos (revistas)

a) Periódico considerado como um todo

TÍTULO DO PERIÓDICO. Local de publicação: Editor(a): ano de início da publicação - ano de encerramento (se houver).

Exemplos:

REVISTA DA ESMape. Recife: Esmape, 1996-

REVISTA BRASILEIRA DE GEOGRAFIA. Rio de Janeiro: IBGE, 1939-

b) Parte do periódico (fascículos, volume, números especiais) - regra

TÍTULO DO PERIÓDICO. Local de publicação: Editor(a), numeração do ano e/ou volume, número do fascículo, informações de períodos e datas de publicação.

Exemplo:

REVISTA DA ESMape. Recife: Esmape, v. 10, n. 22, jul./dez. 2005.

c) Artigo de periódico

SOBRENOME DO AUTOR QUE ESCREVEU O ARTIGO ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER), prenome. Título do artigo. Título do periódico, local de publicação, numeração do ano e/ou volume, fascículo ou número, páginação inicial - páginação final, mês, ano de publicação.

Exemplos:

BARRETO, Ricardo Paes. Do não conhecimento dos aclaratórios meramente protelatórios por falta de adequação. **Revista da ESMape**, Recife, v. 1, n. 1, p.289-306, jun. 1996.

CARBONE, Artur; GALANTE, Luís Felipe. Delineamentos jurídicos sobre os contratos de utilização de embarcações. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a.1, n.4, p.27-48, 2000.

Obs.: Não é necessário citar o(a) editor(a) para referência de artigo e não se adota a expressão “In”.

d) Artigos capturados na internet - devem obedecer à regra de artigo, acrescidos de informações relativas à descrição física ou meio eletrônico.

RIBEIRO, P.S.G. **Adoção à brasileira:** uma análise sociojurídica. *Dataveni@*, São Paulo, a. 3, n. 18, ago. 1998. Disponível em: <http://www.datavenia.inf.br/frame.artig.html>. Acesso em: 10 set. 1998.

Notas

- Para indicação do “mês”, use a grafia abreviada até a terceira letra, exceto o mês de maio. Ex.: jan., fev., mar., abr., maio, jun.

- Use “p.” para designação de página. Não use “pág.”

2.4 A última folha do trabalho deverá conter o nome completo do autor, endereço, telefone, fax e e:mail.

3 Das normas editoriais

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

3.2 Não serão publicadas monografias, dissertações e teses na íntegra.

3.3 Será publicado apenas um trabalho por autor em uma mesma edição.

3.4 Em seguida ao processo seletivo, o autor que tiver seu trabalho selecionado para publicação deverá comparecer à sede da ESMAPE para revisá-lo, já no formato diagramado, e autorizar sua impressão.

3.5 O autor receberá dois exemplares da Revista da ESMAPE, edição que contou com sua colaboração.

3.6 Os artigos publicados podem ser reproduzidos total ou parcialmente, em formato impresso e/ou eletrônico, desde que citados o(s) nome(s) do(s) autor(es) e fonte de publicação original.

3.7 A seleção dos trabalhos é de competência do Conselho Editorial.

3.8 Os originais selecionados poderão ser submetidos à correção ortográfica e gramatical. Serão apreciados também pela Coordenação Técnica e Editorial, podendo ser adequados, caso haja necessidade, às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, a fim de obedecer à padronização e à linha editorial da Revista.

3.9 Os trabalhos recebidos não serão devolvidos.

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

3.11 Toda a colaboração deverá ser remetida para:

Escola Superior da Magistratura de Pernambuco
“Desembargador Cláudio Américo de Miranda” - ESMAPE
 Revista da ESMAPE – Conselho Editorial - Biblioteca
 Rua Imperador Pedro II, nº 221 – Santo Antônio – Recife - PE
 CEP 50.010-240
biblioteca@esmape.com.br

Esmape-Biblioteca
 340.05
 P001
 Empréstimo

Cursos de Pós-graduação

- Direito Penal e Processual Penal
- Direito Público
- Direito Civil e Processual Civil
- Licitações, Contratos Administrativos e Responsabilidade Fiscal
- Direito de Família e Sucessões
- Direito Penal e Processual Penal

Curso de Preparação à Magistratura e demais Carreiras Jurídicas

Cursos de Aperfeiçoamento para Magistrados



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO
DESEMBARGADOR CLÁUDIO AMÉRICO DE MIRANDA

Fones: (81) 3224.0086 / 3224.1285 / 3224.0837

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

ISSN 1415-112X



9 771415 112008



FA20090144