REVISTA DA
ISSN 1415-112X

# ESMAPE

VOLUME 12 • n. 26 • julho a dezembro 2007 TOMO I

## Normas para publicação de artigos na Revista da Esmape

Os trabalhos devem atender as seguintes exigências:

1 Da apresentação

1.1 Serem inéditos, nos formatos impressos e eletrônicos. Trabalhos que tenham sido apresentados oralmente em congressos, seminários e eventos correlatos, serão aceitos desde que mencionem o evento em nota de rodapé.

1.2 Devem ser apresentados em papel branco formato A4 (21,0 cm x 29,7 cm), digitados em word for windows, fonte times new roman ou arial, tamanho 12, espacejamento 1½ entre linhas e vir acompanhados de cd-rom.

1.3 Conter no máximo 20 (vinte) laudas, numeração progressiva e sumário.

1.4 As referências bibliográficas, citadas em notas de rodapé ou no final do trabalho, devem obedecer às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas- ABNT (NBR 6023/2002).

1.5 A última folha do trabalho deverá conter o nome completo do autor, endereço, telefone, fax e e:mail, bem como um resumo curricular de, no máximo, 10 (dez) linhas, contendo sua situação acadêmica, títulos e instituições as quais pertence.

1.6 Os títulos das sentenças, acórdãos e pareceres devem ser identificados pelo autor, previamente.

1.7 Todas as citações apresentadas no corpo do trabalho, desde que indicadas às fontes, poderão ser publicadas, excepcionalmente, na mesma disposição em que o autor citou, desconsiderando desta forma a norma da ABNT (NBR 10520).

2. Das normas editoriais

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

2.2 Será publicado apenas um trabalho por autor em uma mesma edição.

P-01
Ch 1912
20080024

BIBLIOTECA DA
ESMAPE

ESCOLA SUPERIOR DA
MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

Rua Imperador Pedro II, n.º 221 - Santo Antônio - Recife - PE. CEP.: 50010-240
Site: http://www.esmape.com.br
Fone: (81) 3224.0086

BIBLIOTECA DA
ESMAPE

ISSN 1415-112X

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
DE PERNAMBUCO

# REVISTA DA ESMAPE

*Volume 12 – Número 26*
*julho/dezembro – 2007*

*Tomo I*

Recife

Semestral

ESMAPE - BIBLIOTECA
Tomb. FA 20080024
Local P-01
Ch. 00001912 E

© Copyright by 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 - Esmape cumpre, rigorosamente, a Lei do Depósito Legal (Lei nº 1.825 de 20 de dezembro de 1907), sendo a Revista da ESMAPE, preservada como patrimônio jurídico-literário na Biblioteca Nacional.

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

Solicita-se permuta / Exchange disued / on demande échange

*Revisão:* autores e Profa. Msc. Euliene Staudinger

*Editoração eletrônica:* Joselma Firmino de Souza – DRT 3741-PE

Tiragem: 1500 exemplares

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

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

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

CDD 340.05

*Impresso no Brasil • Printed in Brazil • 2007*

20 anos
esmape

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO**

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

## DIRETORIA

BIBLIOTECA DA ESMAPE

Biênio 2006 – 2007

***Diretor***
*Desembargador* Jones Figueirêdo Alves

***Vice-Diretor***
*Desembargador* Eduardo Augusto Paurá Peres

***Supervisor***
*Juiz* Jorge Américo Pereira de Lira

***Coordenador do Curso de Preparação à Magistratura e das demais Carreiras Jurídicas***
*Juiz* Sérgio Paulo Ribeiro da Silva

***Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação e Extensão e de Estudos Internacionais***
*Desembargador* Fernando Cerqueira Noberto dos Santos

***Coordenador dos Cursos de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e Servidores***
*Juiz* Virginio Marques Carneiro Leão

***Coordenador de Eventos Científicos e Culturais***
*Desembargador* Bartolomeu Bueno de Freitas Moraes

***Coordenadora de Pesquisa, Divulgação Científica e Cultural e da Assessoria Jurídica Virtual***
*Juíza* Cíntia Daniela Bezerra de Albuquerque

***Coordenadores de Comunicação Social***
*Juiz* Alexandre Guedes Alcoforado Assunção e
*Juiz* Saulo Fabianne de Melo Ferreira

***Coordenador de Estudos Penais e Controle da Violência***
*Desembargador* Marco Antonio Cabral Maggi

***Coordenador de Direitos Fundamentais***
*Desembargador* Luiz Carlos de Barros Figueiredo

***Subcoordenadora de Direitos Difusos do Consumidor e do Meio Ambiente***
*Juíza* Anna Regina Lemos Robalinho de Barros

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

***Coordenadora de Prática Jurídica Criminal em Serviço e em Sala de Aula***
*Juíza* Blanche Maymone Pontes Matos

***Coordenador de Prática Jurídica Cível em Serviço e em Sala de Aula***
*Juiz* Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima

20 anos
esmape
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

## CONSELHO EDITORIAL

***Presidente***
*Juiz* JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

***Membros***
*Juiz* ANTENOR CARDOSO SOARES JÚNIOR
*Juíza* BLANCHE MAYMONE PONTES MATOS
*Juíza* CÍNTIA DANIELA BEZERRA DE ALBUQUERQUE
*Juiz* HAROLDO CARNEIRO LEÃO SOBRINHO
*Juiz* LUIZ CARLOS VIEIRA DE FIGUEIREDO
*Juiz* SÉRGIO PAULO RIBEIRO DA SILVA
*Juiz* TEODOMIRO NORONHA CARDOZO

***Coordenação Técnica, planejamento gráfico e editorial***
*Bela.* JOSEANE RAMOS DUARTE SOARES

# Corpo Docente

## Cursos de Preparação à Magistratura e demais Carreiras Jurídicas

2007.2

### 1º PERÍODO

**Direito Constitucional I**
*Prof. Dr.* André Régis de Carvalho

**Direito Administrativo I**
*Profa. Msc.* Mariza Crasto Pugliesi

**Direito Civil I**
*Prof. Esp.* Jorge Américo Pereira de Lira

**Direito Penal I**
*Prof. Esp.* José Durval de Lemos Lins Filho

**Direito Processual Civil I**
*Profa. Esp.* Iasmina Rocha

**Direito Processual Penal I**
*Prof. Msc.* João Olympio Valença de Mendonça

**Direito Tributário I**
*Prof. Dr.* Hélio Silvio Ourem Campos

**Direito Empresarial I**
*Prof. Esp.* Thiago Faria de Godoy Magalhães

**Administração Judiciaria**
*Prof. Esp.* Eurico de Barros Correia Filho

**Responsabilidade Civil**
*Juiz Estadual Esp.* Luiz Mário de Góes Moutinho

## 2º PERÍODO

**Direito Processual Penal II**
*Juiz EstadualEsp.* Honório Gomes do Rego Filho
*Juiz Estadual Msc.* Carlos Alberto Berriel Pessanha

**Direito Processual Civil II**
*Juiz Federal Dr.* Sérgio Torres Teixeira
*Juiz Estadual* Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima

**Direito Civil II**
*Juiz Estadual Esp.* Sérgio Paulo Ribeiro da Silva

**Direito Penal II**
*Promotora* Joana Cavalcanti de Lima
*Juiz Estadual Esp.* Laiete Jatobá Neto

**Direito Empresarial II**
*Procurador Msc.* André Luiz Santa Cruz Ramos
*Advogado Msc.* Roney José Lemos Rodrigues de Souza

**Direito Tributário II**
*Juiz Estadual Msc.* José Viana Ulisses Filho
*Prof. Mcs.* João Hélio de Moraes Coutinho

**Direito Administrativo II**
*Procurador Mestrando* José Carlos Arruda Dantas
*Procurador Msc.* Oscar Vilaça de Melo Filho

**Direito Constitucional II**
*Profa.Msc.* Sabrina Araújo Feitosa Fernandes Rocha

**Técnica de Elaboração de Decisões Cíveis**
*Juiz Estadual Msc.* José André Machado Barbosa Pinto

**Didática do Ensino Superior**
*Profa. Msc. Ana Maria Maranhão*
*Prof. Esp.* João Carlos Gonçalves Cavalcanti

## 3º PERÍODO

**Direito da Criança e do Adolescente**
*Juiz Estadual Esp.* Élio Braz Mendes
*Juiz Estadual* Humberto Costa Vasconcelos Júnior

**Direito Eleitoral**
*Prof. Esp.* Breno Russell Wanderley
*Juiz Estadual Esp.* Paulo Henrique Martins Machado

**Direito Penal III**
*Juiza Estadual Msc.* Fernanda Moura de Carvalho
*Procurador da República Esp.* Antônio Carlos de V. Coelho Barreto Campello

**Direito Processual Civil III**
*Desembargador Mestre* Ricardo de Oliveira Paes Barreto

**Direito Processual Penal III**
*Juiz Estadual Esp.* Luiz Carlos Vieira de Figueiredo
*Juiza Estadual Esp.* Sandra de Arruda Beltrão

**Teoria Geral do Direito**
*Prof. Msc.* José Roberto Wanderley de Castro
*Prof.Msc.*Emílio Paulo Pinheiro D' Almeida

**Técnica de Elaboração de Decisões Penais**
*Juiza Estadual Esp.* Blanche Maymone Pontes Matos
*Juiz Estadual Dr.* Flávio Augusto Fontes de Lima

**Direito Civil III**
*Juiz Estadual Esp.* Alberto Flávio Barros Patriota
*Desembargador Esp.* Leopoldo de Arruda Raposo
Prof. Msc. Maria Manoela Rocha de Albuquerque Quintas

**Medicina Legal**
*Prof. Esp.* Clóvis César de Mendoza – Médico Legista

**Direito do Consumidor**
*Promotora Esp.* Rosana Grimberg

**Metodologia da Pesquisa**
*Profa. Msc.* Karla Cecília Delgado

# Cursos de Pós-Graduação
## *lato sensu*

### 2007.2

**Direito de Família e Sucessões**

*Prof. Esp.* José Expedito Lima Junior
*Prof. Esp.* Luiz Carlos Vieira de Figueiredo
*Profª. Dra.* Maria Clara Albuquerque
*Prof. Msc.* Paulo Dias de Alcântara
*Prof. Dr.* João Maurício Leitão Adeodato
*Prof.* Humberto Vasconcelos
*Prof. Msc.* Cristiano Chaves de Farias
*Prof. Esp.* Jorge Américo Pereira de Lira
*Prof. Dr.*Torquato de Castro Filho
*Prof. Esp.* Ivanildo Figueiredo

Direito Civil e Processual Civil (Empresarial)

*Prof. Esp.* Jorge Américo Pereira de Lira
*Prof. Msc.* Sady Torres Filho
*Prof. Msc.* Silvio Romero Beltrão
*Prof. Msc.* Ivanildo Figueiredo
*Prof. Dr.* Alexandre Freire Pimentel
*Prof. Dr.* André Vicente Pires Rosa
*Prof. Dr.* Lúcio Grassi de Gouveia
*Prof. Msc.* Frederico Ricardo de Almeida Neves
*Prof. Msc.* Ricardo de Oliveira Paes Barreto
*Prof. Msc.* Paulo Dias de Alcântara
*Prof. Dr.* João Maurício Leitão Adeodato
*Prof. Dr.* Marcílio Souza Júnior
*Prof. Esp.* João Carlos Cavalcanti
*Prof. Esp.* Thiago Faria de Godoy Magalhães
*Prof. Esp.* Artur Orlando de Albuquerque Lins
Prof. Msc. Luciana Pereira Gomes Browne
*Profª. Dra.* Liana Cirne Lins
*Prof. Msc.* Leonardo Cunha
*Prof. Esp.* José Expedito Braga Lima Júnior
*Prof. Esp.* Edgar Moury Fernandes Neto
*Prof. Msc.*Wellington Cabral Savaiva
*Prof. Msc.* Ronnie Preuss Duarte.
*Prof. Msc.* José Barros Correia Júnior
*Prof. Esp.* Luiz Mário de Góes Moutinho
*Profª. Dra.* Fabíola Santos
*Prof. Msc.* Marcos Erhardth Júnior

**Direito Penal e Processo Penal**

*Prof. Dr.* Ricardo Pontes de Brito
*Profª. Dra.* Marília Montenegro
*Prof. Esp.* Teodomiro Noronha Cardozo
*Prof. Dr.* Antônio Scarance Fernandes
*Prof. Msc.* Flávio Fontes de Lima
*Profª. Drª.* Margarida Cantarelli
*Prof. Esp.* Honório Gomes do Rego Filho
*Prof. Dr.* Nilzardo Carneiro Leão
*Prof. Msc.* Marcílio Souza Júnior
*Prof. Dr.* João Maurício Leitão Adeodato
*Profª. Msc.* Fernanda Moura de Carvalho

**Direito Público**

*Prof. Dr.* André Vicente Pires Rosa
*Prof. Msc.* Oscar Vilaça
*Prof. Msc.* Manoel Erhardt
*Prof. Dr.* Francisco Alves dos Santos Júnior
*Prof. Msc.* Roberto Moreira
*Prof. Esp.* Honório Gomes do Rego Filho
*Prof. Msc.* João Hélio de Farias M. Coutinho
*Prof. Esp.* Fernando Cerqueira Norberto dos Santos
*Prof. Dr.* José Viana Ulisses Filho

*Prof. Dr.* Hélio Ourem
*Prof. Dr.* Marcílio Souza Júnior
*Prof. Dr.* João Maurício Leitão Adeodato
*Prof. Dr.* Ricardo Pontes de Brito
*Porf.* Msc. Jackson Borges de Araújo
*Prof. Esp.* Artur Stamford da Siva
*Prof. Esp.* Antônio Guedes Alcoforado
*Prof. Esp* .Fernando Gomes de Andrade
*Prof. Esp.* Terence Dornelles Trennepohl
*Prof. Esp.* Nelson Batista da Silva Noberto
*Prof. Esp.* Zulene Santana de Lima Noberto

**Licitações, Contratos Administrativos e Responsabilidade Fiscal**

*Prof. Dr.* Dirley da Cunha Júnior
*Profª.* Carine Delgado
*Prof.* Valdecy Pascoal
*Prof. Dr.* Ricardo Pontes de Brito
*Prof. Dr.* Marcílio Souza Júnior
*Prof. Dr.* João Maurício Leitão Adeodato.
*Prof.* Msc. Oscar Vilaça
*Prof* . Msc. Jackson Francisco de Oliveira
*Profª* . Msc. Eugênia Simões
*Profª* . Msc. Izabel Critina Moreira dos Santos
*Prof. Esp.* Artur José Lopes Filho
*Profª* . Msc. Ticiana Andréa Sales Nogueira
*Prof. Esp.* Antônio Cabral de Carvalho Júnior
*Prof. Dr.* Marcílio Souza Júnior
*Prof. Dr.* João Maurício Leitão Adeodato

# Sumário

*Editorial* ..... 21

## *Teoria*

COMPETÊNCIA NA EXECUÇÃO PENAL
*Danielle Souza de Andrade e Silva* ..... 23

A EXPANSÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELA VIA OBJETIVA COMO MEIO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE
*Francisco Milton Araújo Júnior* ..... 47

DO PREQUESTIONAMENTO FICTO COMO MEIO PARA EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE, ECONOMICIDADE E CELERIDADE DO PROCESSO
*Frederico Augusto Leopoldino Koehler* ..... 67

A IDENTIFICAÇÃO DA VÍTIMA DE ESTUPRO NOS ATOS PROCESSUAIS E O DIREITO À INTIMIDADE
*João Carlos Gonçalves Cavalcanti* ..... 83

A DEMOCRATIZAÇÃO DO ESPAÇO PÚBLICO JUDICIAL E O SEU PAPEL PARA A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO
*José Carlos Arruda Dantas* ..... 117

EMBARGOS DE TERCEIRO
*Júlio Azzi Aprígio de Carvalho* ..... 143

A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA: UMA VISÃO GERAL
*Leonardo André Paixão* ..... 175

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL: A EFICÁCIA *ERGA OMNES* EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO
*Luiz Henrique Diniz Araujo* ..... 237

BREVES NOTAS SOBRE A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL E A PEC N.º 157
*Marcelo Casseb Continentino* ..... 251

A TUTELA AMBIENTAL EXTRAJUDICIAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: O Termo de Ajustamento de Conduta
*Maria Beatriz Ribeiro Gonçalves* ..... 269

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MEIO PARA ASSEGURAR O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS
*Mariana Vieira Sarmento* ..... 393

COMENTÁRIOS AO *CAPUT* DO NOVO ART. 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
*Mário Henrique Cavalcanti Gil Rodrigues* ..... 323

SOLUÇÃO HERMENÊUTICA PARA INTEGRAÇÃO DA LACUNA LEGAL NAS REGRAS DE SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002
*Paulo André da Silva Matos* ..... 355

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: Uma análise a partir da responsabilização da administração pública por encargos trabalhistas
*Paulo Hibernon Pessoa Gouveia de Melo* ..... 387

SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES
*Roger Eduardo Falcão Chacon* ..... 415

A MISSÃO DAS ESCOLAS DE MAGISTRATURA NA FORMAÇÃO DOS JUÍZES EM FACE DA VIOLÊNCIA SOCIAL
*Silvia Renata de Araujo Oliveira* ..... 455

A CONDUTA HUMANA NA TEORIA DO CRIME
*Teodomiro Noronha Cardozo* ..... 487

# Editorial

Ao término de nossa gestão à frente da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – Esmape, temos a sensação de ter cumprindo o compromisso com nossos antecessores, em dar continuidade a Revista da Esmape, uma publicação semestral, especializada em assuntos de interesse jurídico-pedagógico e utilizada como ferramenta de pesquisa pelos operadores do Direito nos mais diversos assuntos doutrinários e práticos.

A Revista chega a sua 26ª edição e mais uma vez é editada em dois volumes. No Tomo I, os leitores têm acesso à teoria, com 13 artigos de juristas com sólida carreira profissional e no Tomo II são apresentados artigos de alunos, além da parte prática, com a publicação de sentenças.

E como já é tradição, a Revista traz em sua capa, uma homenagem a cultura nordestina. Nesta edição, o movimento *mangue beat* foi ressaltado com uma imagem em grafite do cantor pernambucano Chico Science, principal expoente do movimento. Com esta escolha, a Esmape inova por abrir espaço para a grafitagem, uma arte ainda marginalizada, mas que tem sido uma ferramenta de ressocialização de jovens de baixa de renda.

O exemplo disto vem dos artistas responsáveis pela elaboração da imagem de capa: os jovens Carlos André Pereira e Alexsandra Lopes, que conseguiram transformar a realidade em que viviam, a partir do trabalho com a grafitagem. Carlos,

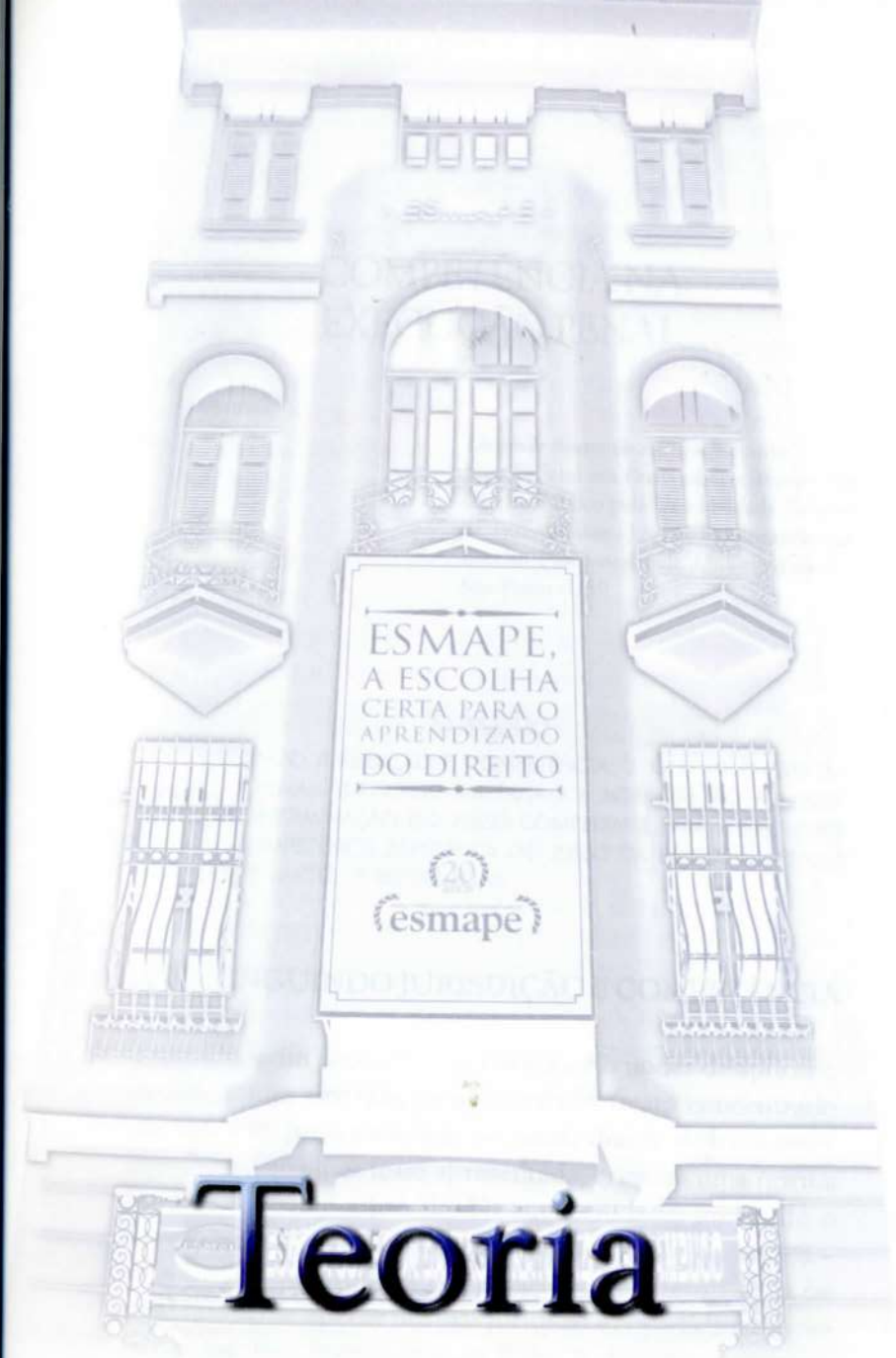
que já foi pichador, hoje enxerga a arte como um modo de vida. Alexsandra luta pela valorização da grafitagem e busca um constante aperfeiçoamento. Juntos, eles já prestaram serviços para multinacionais, participaram de diversos festivais e de exposições de arte. Com um aerógrafo na mão, esse dois jovens conseguiram redesenhar o futuro.

Portanto, é com prazer que colocamos às mãos da comunidade jurídica mais esta edição da Revista da Esmape, com a certeza de que a publicação cumpre, com maestria, o seu papel de divulgar trabalhos técnicos e científicos.

Dar continuidade a Revista da Esmape, é um compromisso de todos aqueles que assumem a direção desta Escola.

*Des.* Jones Figueirêdo Alves
**Diretor**

*Juiz* Jorge Américo Pereira de Lira
**Presidente da Comissão Editorial**




# Teoria

# COMPETÊNCIA NA EXECUÇÃO PENAL

*Danielle Souza de Andrade e Silva*
Juiza Federal em Pernambuco; Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE; Doutoranda em Direito Processual pela Universidade de São Paulo - USP.

**SUMÁRIO**

1 DISTINGUINDO JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA. 2 JUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL: JURISDICIONALIZAÇÃO E INTERVENÇÃO ADMINISTRATIVA. 3 DETERMINAÇÃO DO JUÍZO COMPETENTE PARA A EXECUÇÃO PENAL. 4 COMPETÊNCIA ESPECÍFICA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL: AMPLITUDE E LIMITES. 5 REFERÊNCIAS.

## 1 DISTINGUINDO JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

Do latim *jurisdictio*, a jurisdição é o poder de aplicar o direito, poder este que, na antiguidade, ficava concentrado nas mãos de jurisconsultos, os quais, diante de uma situação de fato que lhes fosse apresentada, criavam uma norma jurídica a incidir sobre ela. Na modernidade, avocando o Estado para si o monopólio da administração da justiça – com a correlata proibição da atuação autodefensiva –, a capital função de aplicar normas jurídicas é cometida a funcionários estatais, integrantes do Poder Judiciário, encarrega-

dos de materializar normas pré-existentes no ordenamento jurídico.[1]

Mas a jurisdição tem caráter multifacetário: é também o dever de declarar, satisfazer e assegurar o direito cuja declaração ou satisfação se pede. Rogério Lauria Tucci define-a, "a par do mencionado *dever*, como o *poder* conferido a determinados agentes estatais para solucionar os conflitos de interesses que lhes sejam submetidos à apreciação, bem como para fazer cumprir suas próprias resoluções".[2] Considerada sob o aspecto de poder soberano estatal, a jurisdição apresenta-se como ferramenta destinada ao cumprimento de um dos principais escopos sociais e políticos do Estado, a pacificação com justiça, preservando assim valores caros à existência humana.

Ao serem investidos no poder-dever de realizar a justiça, os órgãos judiciários passam a substituir a vontade das partes na solução de conflitos de interesse socialmente relevantes, impondo a sua decisão, a qual, uma vez preclusa, torna-se, modo geral, imutável (exceção às decisões condenatórias em processo criminal, já que, lançadas em desfavor do réu,

[1] Como ressalta ADA PELLEGRINI GRINOVER, a *jurisdicionalidade*, nos regimes democráticos, perfaz-se em requisito fundamental ao exercício da função repressiva do Estado, que se legitima sobretudo pelas garantias de que se cerca a atividade processual penal, as quais encorpam valores éticos e políticos, a um só tempo limitando e alimentando o exercício desse poder de julgar, no interesse geral da justiça das decisões. Entre essas garantias, encontra-se a do juiz natural, sem a qual "não há função jurisdicional possível" (**A marcha do processo**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2000. p. 415-416). De lembrar-se, contudo, que a jurisdição é atividade precípua e específica, mas não exclusiva do Poder Judiciário, valendo referir – embora se trate de atividade jurisdicional atípica – a existência de órgão não-judiciário (Senado Federal) que processa e julga os crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros de Estado, do Procurador-Geral da República, dos Ministros do STF, etc. Sobre a chamada "jurisdição política", cf. MARQUES, JOSÉ FREDERICO . **Da competência em matéria penal**, 1. ed. Campinas : Millennium, 2000. p. 190-193.

[2] ROGÉRIO LAURIA TUCCI, **Teoria do direito processual penal**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003. p. 19-20.





jamais operam em caráter definitivo, desafiando sempre a revisão criminal ou o *habeas corpus*). Daí, o caráter substitutivo e definitivo da jurisdição.

A jurisdição é tão una quanto soberano é o Estado no qual exercida. Não pode ser cindida nem pluralizada, sendo embora certo que, para fins didáticos, a doutrina costuma diferençar entre jurisdição penal e civil, superior ou inferior, especial ou comum,[3] técnicas de compartimentalização que mais atinem ao problema da competência, já que fundadas não no critério da diversidade funcional, mas no da variedade de objetos.[4]

Também corriqueira é a divisão – meramente administrativa e burocrática – entre setores jurisdicionais, a chamada "competência de justiça"[5]. E tal separação, esboçada já na Carta da República (vide arts. 106, 111, 118, 122 e 125), dá-se entre *justiça comum estadual, justiça comum federal, justiça militar estadual, justiça militar federal, justiça eleitoral e justiça trabalhista*, calhando realçar que esta última não exerce jurisdição criminal.

Diante, pois, da impossibilidade física de um só juiz reunir a atribuição de julgar todas as causas, o ordenamento distribui a jurisdição entre vários órgãos do Poder Judiciário, traçando também os limites dentro dos quais poderão atuar no exercício dessa função. Tem-se, então, a divisão de competência, que, nessa ótica, vem a ser a *medida* e o *limite* do poder

[3] O Código de Processo Penal pátrio utiliza a palavra *jurisdição* para distinguir quer as diferentes espécies de juízes e tribunais (arts. 78, II e IV, e 79), quer os "graus" ou "categorias" do poder de julgar desses tribunais e juízes (arts. 78, II, e 79).

[4] Aliás, na prática, é muito comum o emprego dos termos *jurisdição* e *competência* em sinonímia, hábito que atinge mesmo os órgãos legislativos, bastando uma consulta aos arts. 113 e seguintes do CPP para que o verifiquemos (fala-se em "conflito de jurisdição" para resolver questões relativas à competência).

[5] A expressão é encontrada nos recentes trabalhos de KARAM ,MARIA LÚCIA. Competência no processo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 17) e DEMO, ROBERTO LUIS LUCHI. **Competência penal originária:** uma perspectiva jurisprudencial crítica. São Paulo : Malheiros, 2005. p. 114).

jurisdicional do Estado, conforme determina a lei. E, correlacionando-se os dois institutos, surge a competência como a expressão, em concreto, daquele poder abstrato de julgar, o âmbito (funcional, material e territorial) em que ele pode ser validamente exercido. Ou, em outras palavras, como técnica de concretização da função jurisdicional nas mãos de cada órgão judicante. Por isso, tecnicamente, só tem competência quem está no exercício da jurisdição.

Bem de ver que não existe, nessa repartição didática, uma competência ou uma justiça dita "ordinária", muito embora a Lei de Execução Penal em vigor (Lei n.º 7.210, de 11.7.1984), já no art. 2.º, ao tratar da jurisdição penal, mencione essa expressão, visivelmente referindo-se à justiça comum, em oposição à chamada justiça especial:

> Art. 2.º A jurisdição penal dos juizes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.
> Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária. [grifos acrescidos]

Com essas considerações introdutórias, passamos a investigar sobre a competência para a execução penal, o que supõe o enfrentamento das seguintes questões, a serem tratadas mais adiante: Qual o órgão competente para processar a execução penal? Qual o leque de competências do órgão encarregado de velar pelo cumprimento do título executivo penal? Como se verá, as competências legais do juiz da execução apresentam a peculiaridade de extrapolarem o plano jurisdicional, concentrando-se nas mãos do órgão jurisdicional outras relevantes atribuições (denominadas pela lei também de 'competências', extrapolado o sentido técnico do termo) de cunho puramente administrativo.





## 2 JUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL: JURISDICIONALIZAÇÃO E INTERVENÇÃO ADMINISTRATIVA

Um dos postulados basilares do processo penal, extraído do princípio publicístico[6] e do sistema normativo brasileiro, é a sua judiciariedade, ou seja, a atribuição exclusiva, ao Poder Judiciário, do dever de prestar a jurisdição penal, perquirindo, sob as garantias do devido processo penal, a materialidade e a autoria de fatos noticiados como possíveis ilícitos penais.

Por meio da *ação judiciária*, os órgãos do Judiciário integrantes da Justiça Criminal exercem a atividade jurisdicional penal, que não se esgota no processo penal de conhecimento (declaratório, constitutivo ou condenatório), mas traspassa, no caso dos processos condenatórios, para o processo de execução penal, este que, diferentemente do primeiro, existe a despeito da *ação da parte*, eis que se realiza, sempre, de ofício.[7] Ora, de nada adiantaria à finalidade da jurisdição penal a só resolução de um conflito de interesses socialmente relevante

[6] Sobre a importância do princípio publicístico como a regra generalíssima do sistema processual penal, cf. TUCCI, ROGÉRIO LAURIA. Princípio e regras da execução de sentença penal. **Revista CEJ**, v. 3, n. 7, jan./abr., p. 62, 1999.

[7] Por isso, ao contrário da execução civil clássica, a execução penal comporta apenas o pressuposto jurídico (o título executivo dotado de exigibilidade), dispensando o pressuposto fático consistente no inadimplemento voluntário do julgado. Aliás, é inusitada a situação imaginária do cumprimento voluntário de uma sentença condenatória penal, a menos que se trate de uma condenação em pena pecuniária ou em pena restritiva de direitos reduzível a uma prestação material (entrega de cestas básicas, p. ex.). De concluir-se, pois, que o pressuposto fático na execução penal pode ser concebido apenas em algumas espécies de condenação.

jurisdicional do Estado, conforme determina a lei. E, correlacionando-se os dois institutos, surge a competência como a expressão, em concreto, daquele poder abstrato de julgar, o âmbito (funcional, material e territorial) em que ele pode ser validamente exercido. Ou, em outras palavras, como técnica de concretização da função jurisdicional nas mãos de cada órgão judicante. Por isso, tecnicamente, só tem competência quem está no exercício da jurisdição.

Bem de ver que não existe, nessa repartição didática, uma competência ou uma justiça dita "ordinária", muito embora a Lei de Execução Penal em vigor (Lei n.º 7.210, de 11.7.1984), já no art. 2.º, ao tratar da jurisdição penal, mencione essa expressão, visivelmente referindo-se à justiça comum, em oposição à chamada justiça especial:

> Art. 2.º A jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.
> Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária. [grifos acrescidos]

Com essas considerações introdutórias, passamos a investigar sobre a competência para a execução penal, o que supõe o enfrentamento das seguintes questões, a serem tratadas mais adiante: Qual o órgão competente para processar a execução penal? Qual o leque de competências do órgão encarregado de velar pelo cumprimento do título executivo penal? Como se verá, as competências legais do juiz da execução apresentam a peculiaridade de extrapolarem o plano jurisdicional, concentrando-se nas mãos do órgão jurisdicional outras relevantes atribuições (denominadas pela lei também de 'competências', extrapolado o sentido técnico do termo) de cunho puramente administrativo.





## 2 JUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL: JURISDICIONALIZAÇÃO E INTERVENÇÃO ADMINISTRATIVA

Um dos postulados basilares do processo penal, extraído do princípio publicístico[6] e do sistema normativo brasileiro, é a sua judiciariedade, ou seja, a atribuição exclusiva, ao Poder Judiciário, do dever de prestar a jurisdição penal, perquirindo, sob as garantias do devido processo penal, a materialidade e a autoria de fatos noticiados como possíveis ilícitos penais.

Por meio da *ação judiciária*, os órgãos do Judiciário integrantes da Justiça Criminal exercem a atividade jurisdicional penal, que não se esgota no processo penal de conhecimento (declaratório, constitutivo ou condenatório), mas traspassa, no caso dos processos condenatórios, para o processo de execução penal, este que, diferentemente do primeiro, existe a despeito da *ação da parte*, eis que se realiza, sempre, de ofício.[7] Ora, de nada adiantaria à finalidade da jurisdição penal a só resolução de um conflito de interesses socialmente relevante

[6] Sobre a importância do princípio publicístico como a regra generalíssima do sistema processual penal, cf. TUCCI, ROGÉRIO LAURIA. Princípio e regras da execução de sentença penal. **Revista CEJ**, v. 3, n. 7, jan./abr., p. 62, 1999.

[7] Por isso, ao contrário da execução civil clássica, a execução penal comporta apenas o pressuposto jurídico (o título executivo dotado de exigibilidade), dispensando o pressuposto fático consistente no inadimplemento voluntário do julgado. Aliás, é inusitada a situação imaginária do cumprimento voluntário de uma sentença condenatória penal, a menos que se trate de uma condenação em pena pecuniária ou em pena restritiva de direitos redutível a uma prestação material (entrega de cestas básicas, p. ex.). De concluir-se, pois, que o pressuposto fático na execução penal pode ser concebido apenas em algumas espécies de condenação.

(pelo processo penal de conhecimento) se não houvesse a efetivação do *jus puniendi* pelo processo penal de execução, propiciando aos apenados e submetidos a medidas de segurança reintegrar-se harmonicamente à comunhão social.[8]

A execução penal emerge, assim, em processo autônomo,[9] dotado de regras próprias a serem observadas pelos sujeitos parciais e imparciais (magistrados), além dos funcionários administrativos. Apresenta-se, outrossim, como uma atividade complexa, já que exercida nas esferas jurisdicional e administrativa.[10]

A compreensão dessa dupla dimensão é necessária porque, se vislumbrada a execução penal pelo prisma meramente administrativo (assim o foi durante muito tempo[11]), poderia

[8] Cf. TUCCI, ROGÉRIO LAURIA. Princípio e regras da execução de sentença penal, **Revista CEJ**, v. 3, n. 7, p. 60, jan./abr. 1999.

[9] SÉRGIO PITOMBO ressalta a autonomia do processo penal de execução e o define como "modalidade de tutela jurisdicional, correspondente à atuação de órgão do Poder Judiciário, aplicando norma jurídica, especificada à satisfação do poder-dever estatal de punir ou sancionar, reconhecido em sentença condenatória." (Breves notas sobre a novíssima execução penal, in *Reforma penal*, São Paulo, Saraiva, 1985, p. 126). Registre-se a contrária, embora superada, posição de JOSÉ FREDERICO MARQUES (op. cit., p. 266-267), que considera a execução "simples fase da relação processual que se instaura com a queixa ou a denúncia", porque o julgador, ao condenar o réu, desde logo manda expedir a carta de guia, independente de provocação do órgão acusador.

[10] JULIO MIRABETE relembra a existência de duas vertentes doutrinárias a respeito: a alemã, que sustenta a jurisdicionalidade, e a ítalo-francesa, para a qual a execução penal é atividade prevalentemente administrativa, dotada, porém, de jurisdicionalidade episódica. A primeira delas é a posição claramente adotada pela Lei de Execução Penal, ao referir-se à "jurisdição penal" e ao "processo de execução" penal. (*Execução penal*, 10. ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 29). Assim, inverte-se a ordem do raciocínio, de modo que a intervenção do juiz na execução penal é eminentemente jurisdicional, sem exclusão dos atos acessórios, de caráter administrativo, que acompanham as atividades do magistrado. Como afirma ELA W. DE CASTILHO, o processo judicial é indispensável para o desenvolvimento da execução (**Controle da legalidade na execução penal**. Porto Alegre : Fabris, 1988. p. 39).

[11] Como relata JASON ALBERGARIA, o condenado e o internado não passavam de objeto da execução penal, chegando-se a proclamar, em um congresso internacional em 1985, que o recluso estava sujeito de modo absoluto ao poder





desviar-se da sentença condenatória o tratamento penitenciário conferido ao preso, visto então como mero objeto da execução. Ficando o sentenciado ao alvedrio da autoridade administrativa, poderiam ocorrer abusos que escapariam do controle jurisdicional, justamente nessa fase derradeira e crucial da realização da justiça penal, que é a da execução.

O processo de execução penal é, portanto, judicializado e, no seu âmbito, há vez para atos jurisdicionais e administrativos, o que rende ensejo a espécies procedimentais jurisdicionais e espécies procedimentais administrativas.

O juiz, na execução penal, intervém não apenas com atos de cunho administrativo (p. ex., fiscalização de estabelecimentos prisionais, resposta a consultas, orientação de tratamento quanto aos detentos), mas, sobretudo, com a prática de atos jurisdicionais (decisões sobre unificação de penas, incidentes de execução, etc.) imprescindíveis à consecução do objetivo da execução: a readaptação social do condenado. E essa intervenção, no dizer de Jason Albergaria, "é corolário do princípio da humanização da pena e do princípio da legalidade".[12]

O postulado da legalidade está na base tanto da aplicação da pena e da medida de segurança, como de sua execução. Por ele, as modalidades de execução das sanções penais, os direitos e deveres, as faltas disciplinares e sanções correspondentes estão estabelecidas em regras típicas, de cunho taxativo, sob reserva legal, como toda norma penal.[13] Dele decorre o

público, sendo Freudenthal um dos primeiros a definir, em 1908, a relação de direito público entre o recluso e o Estado. ALBERGARIA, Jason. **Comentários à lei de execução penal**. São Paulo: Aidê, 1987. p. 11).

[12] JASON ALBERGARIA. **Comentários à lei de execução penal**, op.cit., p. 10.

[13] Afirma ELA WIECKO DE CASTILHO (cit., p. 25): "O princípio da legalidade na execução penal importa na reserva legal das regras sobre as modalidades de execução das penas e medidas de segurança, de modo que o poder discricionário seja restrito e se exerça dentro de limites definidos". Portanto, a legalidade implica, necessariamente, a tipicidade das regras da execução penal.

regramento – aplicado também à execução penal – da judiciariedade, especificado nas regras da *jurisdicionalidade*, que proscreve a autotutela do interesse punitivo do Estado através dos órgãos administrativos em geral, e da *administratividade*, relativa à atuação deles e de todos os mais que participam da execução de julgado penal condenatório, especialmente os membros da Administração Pública.[14]

Dessa forma, não só os órgãos jurisdicionais, mas igualmente os administrativos, submetem-se ao critério da legalidade, não podendo atuar sem lei anterior que discipline, mormente no que se refere às regras mínimas para a execução das penas.[15] E é através da jurisdição que se exerce o controle da legalidade da execução.

## 3 DETERMINAÇÃO DO JUÍZO COMPETENTE PARA A EXECUÇÃO PENAL

Com a previsão do art. 2.º da LEP, festejou-se a autonomia do direito de Execução Penal,[16] o exercício de uma jurisdição especializada, através da aplicação de regras próprias. Fincado, pois, o regramento da jurisdicionalidade na execução, destaca-se a ação dos agentes do Poder Judiciário no âmbito da Justiça Criminal, mormente dos juízos das varas especializadas de Execuções Penais. A Lei de Execução Penal, no Capítulo III do Título III, denomina esse órgão de Juízo da Execução.[17]

[14] Cf. ROGÉRIO LAURIA TUCCI, **Princípio e regras da execução de sentença penal**, op. cit., p. 65.

[15] Cf. SANTOS, JOSÉ CARLOS DAUMAS . **Princípio da legalidade na execução penal.** Barueri : Manole, 2005. p. 35.

[16] Cf. ODIR ODILON PINTO DA SILVA e JOSÉ ANTÔNIO PAGANELLA BOSCHI. **Comentários à Lei de Execução Penal.** Rio de Janeiro: Aidê, 1986. p. 21.

[17] Interessante anotar que a denominação dada, no sistema espanhol, ao órgão judiciário atuante na execução aproxima-se mais da idéia da administratividade: trata-se do "Juiz de Vigilância", instituição, segundo MIGUEL FENECH, tomada do direito italiano (o *giudice di sorveglianza*), com atribuições de fazer





Mais adiante, a Lei traz a regra de determinação da competência executória (que tem caráter funcional), no art. 65, ora transcrito:

> Art. 65. A execução penal competirá ao juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.

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. O dispositivo reproduz, em essência, o constante do art. 668, caput, do Código de Processo Penal[18] e contempla, como regra de competência genérica, a faculdade dos Estados e da União – respectivamente, nos âmbitos das Justiças Estadual e Federal – de especializarem varas em matéria de execução penal, para maior racionalização dos serviços judiciários. Assim, lei específica, estadual ou federal, poderá destinar órgãos jurisdicionais para tratar exclusivamente da execução. Não o fazendo, a execução ficará sob a competência do juízo prolator do título exeqüendo.

Se a condenação for imposta por tribunal em caso de sua competência originária, a execução será provida pelo respectivo presidente. A Constituição da República dispõe, no art. 102, I, *m*, caber ao Supremo Tribunal Federal executar as sentenças nas causas de sua competência originária, facultada a delegação da prática de atos processuais, muitas vezes a tribunais inferiores, ficando tal atribuição ao Presidente do

cumprir a pena imposta, resolver os recursos referentes às modificações na execução, salvaguardar o direito dos internos e corrigir os abusos e desvios porventura verificados no cumprimento dos preceitos do regime penitenciário (**El proceso penal.** 4. ed., Madrid, Agesa, 1982. p. 409).

[18] "Art. 668. A execução, onde não houver juiz especial, incumbirá ao juiz da sentença, ou, se a decisão for do Tribunal do Júri, ao seu presidente."

STF, por preceito regimental (art. 340, I, RISTF). Não há previsão constitucional semelhante no que toca à execução de sentença prolatada pelos demais tribunais em situação de competência penal originária. No entanto, como adverte Roberto Luis Luchi Demo, a falta não entoa expressivo significado, aplicando-se-lhes a mesma regra, por força ora da simetria, ora da previsão do art. 668, *caput*, do CPP ("Se a decisão for de tribunal superior, nos casos de sua competência originária, caberá ao presidente prover-lhe a execução").[19]

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 dos inúmeros incidentes[20] que permeiam a execução penal recomendam a especialização de varas, de modo a propiciar ao apenado e ao internado um tratamento individualizado (consentâneo ao que lhes é devido por lei) e, pois, uma maior adequação ao objetivo de ressocialização buscado pelo legislador, para futura reinserção social.[21]

O juiz da execução penal é sujeito imparcial do processo, encarregado de velar, na efetivação da sanção imposta na senten-

[19] DEMO, Roberto Luis Luchi. Competência originária para a execução penal. **Revista dos Tribunais**, v. 850, p.464, ago. 2006.

[20] Consideram-se incidentes os acontecimentos que sobrevêm à marcha da execução e geram procedimentos que correm paralelamente a ela, podendo ocasionar alteração (redução, substituição ou extinção) no cumprimento da pena ou da medida de segurança. Todos autuados em apartado à execução e submetidos a procedimento jurisdicional, vindo tratados nos arts. 180 a 193 da Lei de Execução Penal.

[21] PAULO LÚCIO NOGUEIRA traz o destaque de que "se trata de uma vara espinhosa, trabalhosa, ingrata, complexa e de difícil condução, pois há muitos problemas a serem resolvidos, inclusive os diretamente ligados à polícia, que requerem soluções imediatas, podendo repercutir favorável ou desfavoravelmente na opinião pública principalmente com o sensacionalismo dado pelos órgãos de divulgação" (**Comentários à Lei de Execução Penal.** 3.ed. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 101).





ça, pelo respeito aos direitos do apenado e às garantias constitucionais do processo: contraditório, admissão de provas, duplo grau de jurisdição, publicidade, etc.[22]

Na prática, alguns problemas poderiam surgir relativamente à determinação do juízo competente para a execução penal. O mais corriqueiro deles, já solucionado com lucidez pela jurisprudência[23], refere-se aos estabelecimentos prisionais sujeito à jurisdição de um determinado juízo de execução, porém abrigando presos condenados por diversas esferas da Justiça (comum ou especial).

Em casos tais, aplicando-se o regramento da igualdade material à execução penal (não a igualdade processual entre as partes, mas a igualdade entre os cidadãos submetidos à mesma situação fática), é desautorizado conferir tratamento discrepante – sobretudo quanto aos seus direitos – a pessoas que se encontram no mesmo estabelecimento prisional, sejam presos definitivos ou provisórios, oriundos da Justiça Comum, Militar ou Eleitoral. Assim, se um militar é condenado a pena por delito que não admite a suspensão condicional da execução e, excluído da Força, passa a cumprir pena em estabelecimento prisional sujeito à Justiça Comum, passará a fazer jus ao benefício desde que atendidos os requisitos para tanto.[24]

Por esse raciocínio, é a sede do estabelecimento em que o sentenciado cumpre pena que determinará o juízo competente para decidir os incidentes de execução: o condenado da

[22] Embora seja certo que a execução penal comporte, necessariamente, atividade conjunta do Executivo (que constrói e mantém os estabelecimentos onde se desenvolve a execução), do Judiciário e da comunidade (art. 4.º da LEP).

[23] O Superior Tribunal de Justiça editou, em 1997, o verbete sumular n.º 192, que reza: "Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual."

[24] O exemplo é de ODIR ODILON PINTO DA SILVA e JOSÉ ANTÔNIO PAGANELLA BOSCHI, op. cit., p. 21.

Justiça Federal que cumpre pena em estabelecimento penal do Estado estará sujeito à competência do juiz local, ao passo que o condenado pela Justiça Estadual que cumpre pena em estabelecimento da União ficará sob a alçada de juízo federal.[25] Solução diversa (cogitar-se de vários juízos administrando a execução no mesmo local, cada qual com relação aos seus condenados) poderia gerar iniqüidades e insegurança dentro do estabelecimento.[26]

Vale anotar que o abrigo de presos da Justiça Federal (provisórios ou definitivamente condenados) em estabelecimentos estaduais – que tem dado ensejo a alguma polêmica ou resistência, sobretudo após a instalação dos primeiros presídios federais – não se perfaz em faculdade da administração penitenciária estadual, constituindo, ao revés, obrigação legal, ao menos nas localidades onde não exista presídio federal. O art. 85 da Lei n.º 5.010/66 foi expresso: "Enquanto a

[25] Sobre os estabelecimentos penitenciários federais, consta da página eletrônica do DEPEN (http://www.mj.gov.br/Depen).: "A construção de presídios federais obedece a uma determinação da Lei de Execução Penal, de 1984. Para a criação do Sistema Penitenciário Federal, se prevê a construção de Penitenciárias de Segurança Máxima Especial, Campo Grande (MS), Catanduvas (PR), Mossoró (RN) e Porto Velho (RO), cada unidade terá capacidade para abrigar 208 presos em celas individuais. As penitenciárias federais vão abrigar criminosos de alta periculosidade, que comprometam a segurança do presídio ou possam ser vítimas de atentados dentro dos presídios. O objetivo do governo é, ao mesmo tempo, garantir um isolamento maior dos chefes do crime organizado e aliviar a tensão no sistema carcerário estadual. Livres dos indivíduos mais perigosos, o poder local poderá dar maior atenção à recuperação do restante da população carcerária, bem como da reinserção social do preso depois do cumprimento da pena."

[26] É cada vez mais freqüente nos depararmos com especializações de juízos em execução penal, devendo seguir-se a regra de que a execução penal competirá ao juízo sob cuja administração estiver o estabelecimento prisional onde cumprir pena o sentenciado ou estiver custodiado o preso provisório. Portanto, nos estabelecimentos prisionais federais, a competência será do juízo federal, exercida de maneira uniforme sobre todos os presos que ali se encontrem.





União não possuir estabelecimentos penais, a custódia de presos à disposição da Justiça Federal e o cumprimento de penas por ela impostas far-se-ão nos dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios". Outrossim, pelos objetivos para os quais foram criados os estabelecimentos federais, fica claro não existir uma secessão entre eles, mas uma complementaridade, servindo os presídios federais precipuamente para "abrigar criminosos de alta periculosidade, que comprometam a segurança do presídio ou possam ser vítimas de atentados dentro dos presídios" (vide nota 25).

Por opção política, nosso sistema penitenciário está estruturado de modo a impor aos Estados a administração dos presídios (a maioria deles, já que os federais são uma realidade nova) e à União, o repasse de verbas aos Estados. Tal repasse é feito pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, órgão do Ministério da Justiça previsto no art. 71 da LEP e gestor do Fundo Penitenciário Nacional – FUPEN, fundo este criado pela Lei Complementar n.º 79/1994 e cujos aportes são, na grande maioria, federais. Veja-se que metade de todo o valor das custas arrecadadas pela Justiça Federal vão para o Fundo (art. 2.º, VII, da LC 79). Assim se vislumbra com maior nitidez o caráter nacional de nosso sistema penitenciário.

Outra questão diz com a superveniente alteração de competência na execução penal, derivada da não infreqüente transferência de presos entre estabelecimentos prisionais. A transferência de preso, sempre determinada pelo juiz da execução (art. 86, § 3.º, da LEP), é ato de natureza administrativa, norteado por critérios de conveniência e oportunidade, em que sopesados o interesse público e o particular (do preso). A solução encontrada na jurisprudência segue a regra de determinação de competência na execução penal, ou seja, a de que o juízo competente é o que administra o estabelecimento onde se encontra o recluso. Dessa forma, a remoção

do preso, ordenada pelo juízo da execução, equivale à declinação de sua competência em favor do juízo responsável pelo estabelecimento ao qual removido o apenado, devendo ser acompanhada da remessa dos autos da execução.[27]

Diversamente, na execução de penas pecuniárias[28] e restritivas de direito, ou na pendência de livramento condicional, em que não há encarceramento e, pois, afetação a qualquer estabelecimento penal, a mudança de endereço do apenado não faz deslocar a competência do juízo da execução inicialmente firmado, cabendo-lhe expedir carta precatória ao juízo da nova localidade para realização dos atos concernentes à execução – audiência admonitória, fiscalização das condições estipuladas, etc.[29]

Por fim, os Juizados Especiais Criminais (estaduais ou federais[30]) terão também competência penal para execução de

[27] Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça: CC 8.397/BA, DJ de 3.4.1995, p. 8111; CC 17.448/SP, DJ de 16.12.1996, p. 50745. JULIO MIRABETE (op. cit., p. 172-173) cita alguns precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido de que as remoções eventuais ou emergenciais de presos ou condenados para cadeias ou presídios submetidos à administração de outro juízo que não o estabelecido no art. 65 da LEP não implica a perda da competência do juízo originário. A dificuldade, a nosso ver, está em fixar o caráter de transitoriedade de algumas transferências, que terminam por tornar-se definitivas, devendo por isso prevalecer o bom senso do juízo da execução ao determinar a remoção de um preso: se ciente da impossibilidade de retorno do preso à sua jurisdição, cumpre-lhe declinar da competência em favor do juízo corregedor do estabelecimento que receberá o apenado

[28] Também a execução das penas pecuniárias aplicadas isoladamente compete ao juízo da execução indicado no art. 65 da LEP, o qual deverá intimar o condenado para efetuar o seu pagamento.

[29] Nesse sentido, STJ: CC 38.175/SP, DJ de 14.6.2004, p. 157; CC 40.781/SP, DJ de 24.5.2004, p. 150.

[30] Embora a Lei n.º 10.259/2001 faça menção apenas a competência para "processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo" (art. 2.º), cumpre trilhar a interpretação mais consonante à Carta da República, que, ao prever a criação dos Juizados Especiais (art. 98, I), não descurou de atribuir-lhes também a competência para a *execução* de suas causas.





suas sentenças, mas apenas nas condenações em pena de multa isolada. É o que se extrai da leitura dos arts. 1.º, 60 e 84 da Lei n.º 9.099/1995. O legislador retirou do Juizado a competência para execução das penas privativa de liberdade, restritiva de direitos e de multa cumulada com estas (art. 86 da Lei)[31]. Quanto à aplicação do instituto da suspensão condicional do processo (art. 89), o vulgarmente chamado '*sursis* processual', cabível também nos procedimentos que escapam à competência dos Juizados, não há falar propriamente em um processo de execução penal, à falta do pressuposto do título executivo. Sequer existe sentença; há apenas uma decisão interlocutória que suspende o processo. A fiscalização do cumprimento de tal medida e a decisão a respeito de eventuais incidentes ocorridos durante o período de prova tocará ao próprio Juizado.

Outros institutos previstos na Lei n.º 9.099 também reclamam atenção no que tange à fixação da competência executória. A composição civil dos danos, quando homologada pelo juízo, terá eficácia de título executivo a ser executado no juízo civil competente (art. 74). Já a transação penal (art. 76), que redunda na aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou de multa, é também objeto de sentença homologatória, título executivo judicial que, se descumprido, será executado nos termos do já referido art. 84 da Lei.

[31] A doutrina elogia a atribuição da execução das penas privativas de liberdade ao juízo comum, porquanto atividade complexa, a envolver progressão de regimes, resolução de incidentes e atividades administrativas, mas critica o tratamento no que tange à execução da pena restritiva de direitos, já que, por sua natureza, bem poderia ser conduzida pelos próprios Juizados, com maior simplicidade e celeridade (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 207-208).

do preso, ordenada pelo juízo da execução, equivale à declinação de sua competência em favor do juízo responsável pelo estabelecimento ao qual removido o apenado, devendo ser acompanhada da remessa dos autos da execução.[27]

Diversamente, na execução de penas pecuniárias[28] e restritivas de direito, ou na pendência de livramento condicional, em que não há encarceramento e, pois, afetação a qualquer estabelecimento penal, a mudança de endereço do apenado não faz deslocar a competência do juízo da execução inicialmente firmado, cabendo-lhe expedir carta precatória ao juízo da nova localidade para realização dos atos concernentes à execução – audiência admonitória, fiscalização das condições estipuladas, etc.[29]

Por fim, os Juizados Especiais Criminais (estaduais ou federais[30]) terão também competência penal para execução de

[27] Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça: CC 8.397/BA, DJ de 3.4.1995, p. 8111; CC 17.448/SP, DJ de 16.12.1996, p. 50745. JULIO MIRABETE (op. cit., p. 172-173) cita alguns precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido de que as remoções eventuais ou emergenciais de presos ou condenados para cadeias ou presídios submetidos à administração de outro juízo que não o estabelecido no art. 65 da LEP não implica a perda da competência do juízo originário. A dificuldade, a nosso ver, está em fixar o caráter de transitoriedade de algumas transferências, que terminam por tornar-se definitivas, devendo por isso prevalecer o bom senso do juízo da execução ao determinar a remoção de um preso: se ciente da impossibilidade de retorno do preso à sua jurisdição, cumpre-lhe declinar da competência em favor do juízo corregedor do estabelecimento que receberá o apenado

[28] Também a execução das penas pecuniárias aplicadas isoladamente compete ao juízo da execução indicado no art. 65 da LEP, o qual deverá intimar o condenado para efetuar o seu pagamento.

[29] Nesse sentido, STJ: CC 38.175/SP, DJ de 14.6.2004, p. 157; CC 40.781/SP, DJ de 24.5.2004, p. 150.

[30] Embora a Lei n.º 10.259/2001 faça menção apenas a competência para "processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo" (art. 2.º), cumpre trilhar a interpretação mais consonante à Carta da República, que, ao prever a criação dos Juizados Especiais (art. 98, I), não descurou de atribuir-lhes também a competência para a *execução* de suas causas.





suas sentenças, mas apenas nas condenações em pena de multa isolada. É o que se extrai da leitura dos arts. 1.º, 60 e 84 da Lei n.º 9.099/1995. O legislador retirou do Juizado a competência para execução das penas privativa de liberdade, restritiva de direitos e de multa cumulada com estas (art. 86 da Lei)[31]. Quanto à aplicação do instituto da suspensão condicional do processo (art. 89), o vulgarmente chamado '*sursis* processual', cabível também nos procedimentos que escapam à competência dos Juizados, não há falar propriamente em um processo de execução penal, à falta do pressuposto do título executivo. Sequer existe sentença; há apenas uma decisão interlocutória que suspende o processo. A fiscalização do cumprimento de tal medida e a decisão a respeito de eventuais incidentes ocorridos durante o período de prova tocará ao próprio Juizado.

Outros institutos previstos na Lei n.º 9.099 também reclamam atenção no que tange à fixação da competência executória. A composição civil dos danos, quando homologada pelo juízo, terá eficácia de título executivo a ser executado no juízo civil competente (art. 74). Já a transação penal (art. 76), que redunda na aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou de multa, é também objeto de sentença homologatória, título executivo judicial que, se descumprido, será executado nos termos do já referido art. 84 da Lei.

[31] A doutrina elogia a atribuição da execução das penas privativas de liberdade ao juízo comum, porquanto atividade complexa, a envolver progressão de regimes, resolução de incidentes e atividades administrativas, mas critica o tratamento no que tange à execução da pena restritiva de direitos, já que, por sua natureza, bem poderia ser conduzida pelos próprios Juizados, com maior simplicidade e celeridade (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 207-208).

## 4 COMPETÊNCIA ESPECÍFICA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL: AMPLITUDE E LIMITES

O marco inicial da competência do juízo da execução penal é o trânsito em julgado da sentença condenatória[32] (embora somente a partir da expedição de guia de recolhimento – art. 105, LEP – existam condições materiais para que se a possa exercer na prática), somente se encerrando com o cumprimento ou extinção da pena (art. 202, LEP), a extinção da punibilidade (art. 187, LEP) ou, no caso da medida **de** segurança, a cessação da periculosidade (art. 175, LEP), a desinternação ou a liberação (art. 178, LEP).

Nesse interregno, um vasto plexo de competências – o legislador, já se disse, fugindo ao sentido técnico do termo, utilizou-o em uma acepção mais ampla, a abarcar não apenas a competência jurisdicional, mas também a atribuição administrativa – estará a cargo do Juízo da Execução Penal. É ele que vai administrar a execução e resolver todos os incidentes que demandem jurisdicionalização.

A Lei de Execução Penal enumera tais misteres no art. 66 (listagem, a nosso ver, não-taxativa, podendo exsurgir outros que requeiram apreciação judicial), *in verbis*:

> Art. 66. Compete ao Juiz da execução:
> I – aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;
> II – declarar extinta a punibilidade;
> III – decidir sobre:
> a) soma ou unificação de penas;
> b) progressão ou regressão nos regimes;

[32] Os institutos benéficos previstos na lei de execuções, quando aplicados ao preso provisório (art. 2.º, parágrafo único, primeira parte, da LEP), são apreciados pelo juízo do processo de conhecimento. É o caso da progressão de regime.





> c) detração e remição da pena;
> d) suspensão condicional da pena;
> e) livramento condicional;
> f) incidentes da execução.
> IV – autorizar saídas temporárias;
> V – determinar:
> a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução;
> b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade;
> c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos;
> d) a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança;
> e) a revogação da medida de segurança;
> f) a desinternação e o restabelecimento da situação anterior;
> g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca;
> h) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º, do artigo 86, desta Lei.
> VI – zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;
> VII – inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;
> VIII – interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei;
> IX – compor e instalar o Conselho da Comunidade;
> X – emitir anualmente atestado de pena a cumprir

Da leitura do dispositivo supracitado, percebe-se que são diversas as competências legadas ao juiz da execução, algumas delas com caráter nitidamente jurisdicional, outras de

cunho administrativo, conferindo natureza mista à sua atividade. Essas tarefas, com razão, são entregues em mãos do magistrado, e não do diretor do estabelecimento – investido ocasionalmente dessa função de gerenciamento –, porque detém o juiz a isenção de ânimo necessária a bem desempenhá-las, de maneira uniforme entre todos os reclusos.

Entre as funções administrativas, encontram-se, por exemplo, a inspeção mensal dos estabelecimentos prisionais (inc. VII); atividades jurisdicionais são, por exemplo, a aplicação aos casos julgados lei posterior que favoreça o condenado (inc. I) e a decisão sobre unificação de penas (inc. III, *a*). Esta última, sem alterar o conteúdo da sentença (porque não poderia, sob pena de ofensa à coisa julgada), altera-lhe, porém, as conseqüências.

Classificação proposta por Arturo Santoro[33] e adotada por Antonio José Miguel Feu Rosa[34] agrupa essas funções em: (i) de *inspeção*, atinentes à supervisão da execução da pena (inc. VII e VIII); (ii) de caráter *consultivo*, como as de concessão do *sursis* e do livramento condicional (inc. III, *d* e *e*),[35] e (iii) *deliberativas*, exercidas mediante decisões, despachos ou ordens de serviço, como a admissão ao trabalho aberto, e que englobariam também funções jurisdicionais.

Examinemos, de forma sucinta, algumas dessas atribuições.

A aplicação da *novatio legis in melius*, ou a mudança do regime anterior do condenado, para beneficiá-lo (inc. I), assim como a decretação da extinção da punibilidade ao advento,

[33] *L'esecuzione penale*. 2. ed. Torino : UTET, 1953. p. 405-407.

34 **Execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 179-180.

[35] Discordamos do enquadramento dessas funções na categoria de "consultivas". A adaptação forçada da classificação engendrada pelo autor italiano à realidade brasileira não foi feliz, eis que, naquele país, consultivas são as atribuições que o juízo da execução presta junto ao Ministério da Justiça, com o fim de que este órgão possa deliberar em matéria de livramento condicional e graça, poderes ali cometidos ao Executivo. Basta lembrar que a decisão sobre livramento condicional, em nosso sistema, fica a cargo do Judiciário (art. 66, III, *e*, da LEP).





p. ex., da *abolitio criminis*, deverá ser feita pelo juízo da execução sempre que tais eventos ocorrerem após o trânsito em julgado da sentença. Essa a orientação da súmula n.º 611 do STF: "Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna"[36], seja quanto ao regime da pena ou da medida de segurança.

A decisão de incidentes é uma das mais importantes funções do juízo da execução, já que tais institutos podem modificar substancialmente a forma de cumprimento da pena e são considerados direitos subjetivos do recluso desde que preenchidos os requisitos legais.[37] A sua jurisdicionalização representa, estreme de dúvidas, garantia de respeito aos direitos do apenado e de julgamento por um órgão imparcial.

A unificação de penas é importante para concretizar a unidade estabelecida na lei penal quanto a algumas figuras jurídicas, como o concurso formal, o crime continuado, o erro na execução do crime e o resultado diverso do pretendido, quando os processos relativos aos fatos respectivos hajam sido julgados por vários juízes e, em conseqüência, tenham sido expedidas várias guias de recolhimento. Por ela, reduz-se

[36] Interpretação diversa é a externada por MARISA MARCONDES MONTEIRO (A competência para a aplicação da lei nova mais benéfica, in **Execução Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 51-52). Para essa autora, é recomendável que o juízo da execução, e não o tribunal, aplique a nova lei mais benéfica ao réu quando esta entre em vigor com o processo em sede de recurso, pois, do contrário, suprimir-se-ia um grau de jurisdição, com prejuízo potencial a uma das partes do processo: a acusadora, que não disporia de meios para impugnar a decisão do tribunal aplicadora da *lex mitior*. Manifestamos dissenso a essa posição, tendo em vista que a matéria superveniente cumpre ser de logo apreciada pelo tribunal, com arrimo inclusive no art. 462 do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo penal por força do art. 3.º do CPP.

[37] JULIO MIRABETE (op. cit., p. 205) observa uma redundância na LEP, ao citar os incidentes de execução em um preceito (art. 66, III, *f*) e depois incluir alguns incidentes específicos à parte (art. 66, V, *b* a *d*).

a duração das penas atendendo-se ao limite máximo estabelecido em lei (art. 75, § 1.º, do CP).

Quanto à suspensão condicional da pena (*sursis*), é oportuno anotar que, sendo embora dever do juízo do processo de conhecimento apreciar o seu cabimento na própria sentença condenatória a pena privativa de liberdade não superior a dois anos (art. 77 do CP), quando for ela omissa e assim transitar em julgado, poderá o condenado requerer o benefício ao juízo da execução, que também decidirá sobre sua prorrogação, modificação de condições e revogação.

A saída temporária, prevista no art. 122 da LEP, é autorizada por decisão do juiz da execução, destinada aos presos que se encontrem no regime semi-aberto e preencham os requisitos legais. Ao contrário, a permissão de saída, tratada no art. 120 da LEP, fica a critério do diretor do estabelecimento. Por ela, o preso pode sair do estabelecimento, com escolta, em situações de premência, como o óbito de pessoa da família e o tratamento médico imperioso.

Se é o juiz da sentença que aplica, de forma substitutiva, a pena restritiva de direitos ao condenado, é porém o juiz da execução que, de modo especificado às aptidões do condenado, determina a sua forma de cumprimento (p. ex., indicando a entidade ou programa comunitário junto ao qual irá prestar serviços) e fiscaliza-lhe a execução.

A determinação de cumprimento da pena ou da medida de segurança em outra comarca e a remoção de condenado para estabelecimento penal da União são decisões de textura jurisdicional, haja vista que equivalem à declinação (e não delegação) de competência para a execução. A partir da remoção, a competência passa ao juízo definido na lei de organização judiciária do Estado que recebeu o apenado, não fazendo sentido ficar o diretor do estabelecimento receptor subordinado a juízo de outra unidade federativa.





Nas medidas de segurança, o juízo da execução é competente para "sujeitar o réu às determinações da sentença".[38] A LEP estende essa competência desde a aplicação[39] das medidas (obrigatórias aos inimputáveis) à substituição da pena por uma delas (caso dos semi-imputáveis, na situação do art. 98 do Código Penal, e da perturbação mental superveniente, prevista no art. 183 da LEP), desde a conversão de uma medida de segurança em outra até a cessação da medida e subseqüentes desinternação e revogação.

Enquanto as atribuições dos incisos I a V dizem com a aplicação do devido processo penal (correlacionando regras de direito processual, de direito constitucional e de direito administrativo), as funções descritas nos incisos VI a X são genuinamente administrativas, muitas delas dizendo com a expiação mesma da execução penal. A atribuição de inspeção periódica dos estabelecimentos penais é de extrema relevância porque tem finalidade profilática, propiciando que sejam tomadas providências ao seu adequado funcionamento e evitando que a situação degradante dos presos deságüe em episódios de insurreição e desordem, com prejuízo quiçá a suas próprias vidas.[40] Em casos de rebeliões com vítimas, poder-se-ia mesmo invocar a responsabilidade por omissão do agente que teria o dever legal de agir e não o fez (art. 13, § 2.º, do Código Penal).

[38] JOSÉ FREDERICO MARQUES, op. cit., p. 280.

[39] Quanto à aplicação propriamente da medida de segurança, JÚLIO MIRABETE (op. cit., p. 208-209) insurge-se contra essa previsão legal, dizendo ser inadmissível tal aplicação posteriormente à coisa julgada. Caberia, pois, ao juiz da sentença, e tão-só a ele, aplicar a medida de segurança cabível.

[40] O juiz da execução é o corregedor do presídio. Em caso de rebelião, deve estar presente no momento da negociação, cabendo mesmo, em última hipótese, exigir que o secretário de Segurança Pública adote as providências necessárias para cessar o movimento. Se faltar aparelhamento para tanto, deve concitá-lo a ativar a tropa de choque. O juiz não toma decisões internas à Administração, mas lhe cumpre adotar todas as providências extrínsecas que a seu alcance estiverem.

Importante limite à atuação do juízo da execução é o da motivação de suas decisões. Todos os atos judiciais devem ser motivados, por exigência constitucional (art. 93, X, da Constituição) e também legal, como no caso da progressão de regime (art. 112, § 1.º, da LEP). Para a progressão, por exemplo, o juiz deverá verificar a coexistência dos requisitos materiais e formais prescritos em lei. Como observa Rogério Lauria Tucci,[41] uma vez preenchidos os requisitos legais, a progressão emerge em direito subjetivo do condenado, não havendo margem para discricionariedade alguma que implique desconsiderar manifestações acordes no exame criminológico e no exame da personalidade, realizados por equipe profissional especializada.

Essas, enfim, algumas linhas sobre a competência na execução penal, cujo exercício tem a peculiaridade de abranger – diferentemente da competência para o processo de conhecimento – tarefas jurisdicionais e também administrativas, sendo a sua jurisdicionalização uma das grandes conquistas de nosso sistema, abraçada que foi pela Lei de Execução Penal, ao inserir o Juízo da Execução entre os órgãos responsáveis por tão importante etapa da realização da justiça penal e ao conferir-lhe uma série de relevantes atribuições.

## 5 REFERÊNCIAS

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle da legalidade na execução penal:** reflexões em torno da jurisdicionalização. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Competência originária para a execução penal. **Revista dos Tribunais**, v. 850, p. 463-476, ago. 2006.

[41] Progressão na execução das penas privativas de liberdade, *Revista dos Tribunais*, v. 630, abr. 1988. p. 273.





_____. Competência penal originária: **uma perspectiva jurisprudencial crítica. São Paulo: Malheiros, 2005.**

FENECH, Miguel. **El proceso penal.** 4. ed. Madrid: Agesa, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KARAM, Maria Lucia Pereira. **Competência no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARQUES, José Frederico. **Da competência em matéria penal.** 1. ed. atual. por José Renato Nalini e Ricardo Dip. Campinas: Millennium, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MONTEIRO, Marisa Marcondes. A competência para a aplicação da lei nova mais benéfica. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (coord.). **Execução Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 47-52.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Breves notas sobre a novíssima execução penal. In: **Reforma penal.** São Paulo: Saraiva, 1985. p. 125-132.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Execução penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SANTORO, Arturo. **L'esecuzione penale**. 2. ed., Torino: UTET, 1953.

SANTOS, José Carlos Daumas. **Princípio da legalidade na execução penal**. Barueri: SP: Manole, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. Progressão na execução das penas privativas de liberdade. **Revista dos Tribunais**, v. 630, p. 269-278, abr. 1988.

_____. **Teoria do direito processual penal**: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Princípio e regras da execução de sentença penal. **Revista CEJ**, v. 3, n. 7, p. 56-67, jan./ abr. 1999.

Páginas eletrônicas do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br) e do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.gov.br) e do Departamento Penitenciário Nacional (www.mj.gov.br/Depen).



# A EXPANSÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELA VIA OBJETIVA COMO MEIO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

*Francisco Milton Araújo Júnior*
Juiz de Direito Estadual em Pernambuco

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 RESPONSABILIDADE CIVIL - EVOLUÇÃO HISTÓRICA. 3 REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO. 4 EXPANSÃO DA OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL - TENDÊNCIA DO MUNDO PÓS-MODERNO. 5 ÓBICE À IMPUNIDADE NO ÂMBITO PRIVADO. 6 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CLÁUSULA GERAL DE TUTELA DA PERSONALIDADE, SEUS COROLÁRIOS E OS OBJETIVOS DA REPÚBLICA PREVISTOS NO ART. 3º DA CF. 7 A PROVA DA CULPA. 8 O DANO MORAL. 9 CONCLUSÕES. 10 REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Muito se comenta a respeito do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, já que sua aplicação importará significativo aumento na responsabilização sem perquirição de culpa.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Execução penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SANTORO, Arturo. **L'esecuzione penale**. 2. ed., Torino: UTET, 1953.

SANTOS, José Carlos Daumas. **Princípio da legalidade na execução penal**. Barueri: SP: Manole, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. Progressão na execução das penas privativas de liberdade. **Revista dos Tribunais,** v. 630, p. 269-278, abr. 1988.

_____. **Teoria do direito processual penal**: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Princípio e regras da execução de sentença penal. **Revista CEJ**, v. 3, n. 7, p. 56-67, jan./ abr. 1999.

Páginas eletrônicas do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br) e do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.gov.br) e do Departamento Penitenciário Nacional (www.mj.gov.br/Depen).



# A EXPANSÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELA VIA OBJETIVA COMO MEIO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

*Francisco Milton Araújo Júnior*
Juiz de Direito Estadual em Pernambuco

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 RESPONSABILIDADE CIVIL - EVOLUÇÃO HISTÓRICA. 3 REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO. 4 EXPANSÃO DA OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL - TENDÊNCIA DO MUNDO PÓS-MODERNO. 5 ÓBICE À IMPUNIDADE NO ÂMBITO PRIVADO. 6 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CLÁUSULA GERAL DE TUTELA DA PERSONALIDADE, SEUS COROLÁRIOS E OS OBJETIVOS DA REPÚBLICA PREVISTOS NO ART. 3º DA CF. 7 A PROVA DA CULPA. 8 O DANO MORAL. 9 CONCLUSÕES. 10 REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Muito se comenta a respeito do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, já que sua aplicação importará significativo aumento na responsabilização sem perquirição de culpa.

A teoria do risco passará a ter maior aplicabilidade como conseqüência da nova regra legal dispondo expressamente sobre o tema.

Ampliou-se a rede de proteção e implementação dos direitos da personalidade, particularmente dos consumidores, posto que, como é cediço, às relações de consumo, mesmo que exista regra específica no CDC, aplicam-se normas do CC quando mais benéficas àqueles. No que couber, para complementar o CDC, deve-se usar as normas do CC que possuem os mesmos princípios, a exemplo das que dispõem sobre os direitos da personalidade. Os dois diplomas convivem no mesmo sistema.

Esse critério de responsabilização decorre do fenômeno da repersonalização, pelo qual a pessoa volta a ser o centro das atenções do direito e do Estado. O individualismo e o patrimonialismo dão lugar ao existencialismo, daí os paradigmas constitucionais da função social da propriedade, da função social do contrato e da função social do trabalho.

A expansão da objetivação da responsabilidade civil se assenta pois na dignidade da pessoa humana, valor síntese dos direitos da personalidade.

No Estado social busca-se a justiça social. A reparação integral do dano sofrido não interessa apenas ao lesado, mas a toda a sociedade.

Sem a modalidade de responsabilização objetiva, no mundo da tecnologia sofisticada e da contratação em massa, os direitos da personalidade, agora também realçados no pórtico do Código Civil, na grande maioria dos casos, não se concretizariam.





A fórmula de responsabilização pela via objetiva permite soluções que se aproximam da justiça, da equidade e dos valores constitucionalmente eleitos pela coletividade.

## 1 RESPONSABILIDADE CIVIL - EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A responsabilidade civil, sob o prisma da teoria clássica, decorre da existência de ato ilícito, de culpa, de dano e de nexo causal, que devem ser provados pela vítima. A teoria da culpa presumida inverteu o ônus da prova, de modo que não mais a vítima teria que comprovar a culpa do agente causador do dano, mas este teria de provar que agiu sem culpa. Já a teoria da responsabilização objetiva , em expansão, não mais se baseia na culpa, mas meramente na demonstração da existência de nexo causal entre o dano e a conduta lesiva praticada pelo agente.

Com o incremento da atividade industrial e o surgimento de novas tecnologias, o sistema de responsabilização fundado na noção de culpa, como elemento básico da responsabilidade, mostrou-se insuficiente para responder aos anseios de justiça social. Ou seja, a complexidade da vida moderna não se conforma com a responsabilização pela via subjetiva.

Hoje, usa-se a teoria do risco como forma de distribuir justiça, ante a dificuldade da vítima em efetuar a prova da culpa.

> ...tal como ocorre na responsabilidade do Estado, os riscos (nas relações de consumo) devem ser socializados, repartidos entre todos, já que os benefícios são também para todos. E cabe ao fornecedor, através dos mecanis-

> mos de preço, proceder a essa repartição de custos sociais dos danos. É a justiça distributiva, que reparte eqüitativamente os riscos inerentes à sociedade de consumo entre todos, através de mecanismos de preços, repita-se, e dos seguros sociais, evitando, assim, despejar esses enormes riscos nos ombros do consumidor individual.

A responsabilidade civil do Estado também passou por vários estágios, desde a absoluta e odiosa irresponsabilidade (*the king can do no wrong*), até à civilizada, democrática e solidária responsabilização na modalidade objetiva, que se funda na teoria do risco administrativo e no princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. Nesta sede, a posição de inferioridade da vítima ainda era mais patente, posto que a demonstração de culpa do agente público consistia em tarefa dificílima, quiçá impossível.

## 2 REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO

Pelo fenômeno doutrinariamente batizado de repersonalização, o foco do direito, tal como na sua concepção, passou a ser novamente a pessoa humana. Restaura-se a primazia da pessoa humana como condição de validade das decisões. O patrimonialismo dá lugar ao existencialismo. O mundo deixa de ser um mundo de indivíduos isolados, e passa a ser pautado pela solidariedade e pela idéia de proteção plena à pessoa humana. O direito civil descodificado e constitucionalizado é informado por outros valores: o *ser* passa a valer mais que o *ter*.

> A pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração.





> Nessa esteira, não há, pois, direito subjetivo arbitrário, mas sempre limitado pela dimensão coexistencial do ser humano. O patrimônio, conforme se apreende do exposto por Sessarego, não só deixa de ser o centro do Direito, mas também a propriedade sobre os bens é funcionalizada ao homem, em sua dimensão coexistencial.

É oportuno também colacionar lição do grande jurista Luís Roberto Barroso ao comentar a constitucionalização do direito civil:

> Dois desenvolvimentos doutrinários merecem destaque nessa fase em curso: (i) a centralidade da dignidade da pessoa humana, que operou uma repersonalização e uma despatrimonialização do direito civil, por sua ênfase: em valores existenciais e do espírito, nas condições materiais mínimas de sobrevivência (mínimo existencial), nos direitos da personalidade, tanto na dimensão da integridade física quanto psíquica; (ii) a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Aqui desenvolveram-se duas grandes teorias: a da aplicação indireta e mediata, por intermédio do legislador e das cláusulas abertas; e a aplicação direta e imediata, por via de uma ponderação caso a caso entre o princípio da autonomia da vontade e o direito fundamental em jogo.

O humanismo socialmente comprometido move hoje o direito civil. Os interesses individuais são condicionados à função social do contrato. Não se pode contratar em prejuízo da coletividade. A propriedade passa a ser considerada como meio de realização da pessoa humana.

O princípio da solidariedade social (arts. 3º e 170 da CF) informa o compartilhamento de responsabilidade entre

poder público e sociedade na garantia da realização da pessoa humana.

Na nova ordem de valores, que tem como paradigmas a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, vários institutos jurídicos são revisitados. Preconiza-se a função social do contrato (limita-se seu conteúdo), da propriedade, do trabalho, da livre iniciativa. É ato ilícito o exercício de um direito que excede seu fim social (art. 187 do CC). A autonomia privada é limitada pela ênfase dada ao social. A função social relativiza os direitos privados.

Nesta esteira, toma corpo o instituto da responsabilidade social. Empresas, organizações civis e cidadãos põem nas suas agendas a preservação do meio ambiente, o voluntariado, a filantropia, a fraternidade. Na busca de novas tecnologias e da otimização dos resultados financeiros da atividade, pesa ainda sobre as empresas o ônus impostergável de resguardar a natureza, a vida, a integralidade físico-psíquico-moral da pessoa humana.

O Estado social assumiu múltiplas atribuições afirmativas. Como as demandas sociais são infinitas e os recursos públicos finitos, soou como pedido de socorro a positivação do princípio da solidariedade social (art. 3º da CF). Ou seja, o Estado social clamou às empresas, à sociedade civil organizada e aos indivíduos a dividirem com ele a imensa responsabilidade de construção de uma sociedade livre, justa, solidária, sem pobreza e marginalização, e com redução das desigualdades sociais e regionais.





## 3 EXPANSÃO DA OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL - TENDÊNCIA DO MUNDO PÓS-MODERNO

As ciências descobrem e desenvolvem bens materiais e imateriais para atender às necessidades de bem-estar do homem em cada época e lugar. Com a ciência do direito não poderia ser diferente. O engenho dos juristas também moderniza velhos institutos e/ou concebe outros, de modo a realizar o ideal de justiça acalentado em cada momento histórico vivido por uma dada sociedade.

De acordo com os valores prevalecentes, aquilo que se torna obsoleto é excluído do ordenamento jurídico. O direito, sob pena de ser simplesmente atropelado pelos fatos e, assim, ignorado pelos cidadãos, há de acompanhar a evolução da humanidade. "A noção de direito encontra-se intimamente vinculada à noção de composição dos conflitos de interesses, visando ao atendimento das finalidades essenciais de justiça e segurança".

O fato, e não a culpa, torna-se a cada dia elemento mais importante para que surja o dever de reparar o dano causado. Essa mudança significa que uma atividade lícita, mas potencialmente perigosa, causando dano, pode resultar em responsabilidade mesmo que o agente tenha operado sem culpa.

A teoria da responsabilidade objetiva não se baseia na culpa, mas meramente na demonstração da existência de nexo causal entre o dano e a atividade do agente causador daquele.

Imaginou-se o critério da responsabilização objetiva como meio de alcançar a justiça social, viga mestra do Estado social, com o qual se incompatibiliza o individualismo jurídico que caracterizou o direito privado do Estado liberal.

A excessiva valorização do individualismo representava fonte de injustiças perpetradas pelo sistema da responsabilização subjetiva. Afinal, a integral reparação do dano não interessa apenas ao lesado, mas à sociedade como um todo. Aliás, a responsabilidade objetiva do Estado de indenizar particular porventura lesado funda-se na solidariedade, posto que os danos sofridos são redistribuídos pela coletividade beneficiada com a atividade estatal ("socialização dos riscos"). "O fundamento da teoria objetiva é mais humano do que o da culpa pois reparte, com maior equidade, os efeitos dos danos sofridos".

A responsabilidade objetiva, antes do advento do novo Código Civil (art. 927, § único), somente ocorria nos casos especificados em legislação especial, o que, agora, já não prevalece, pois "atualmente, mesmo inexistindo lei que regulamente o fato, pode o juiz aplicar o princípio da responsabilidade objetiva (...) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

> São dois os regimes jurídicos da responsabilidade civil no sistema do Código Civil: a) responsabilidade subjetiva; b) responsabilidade objetiva. Ambas têm a mesma importância no sistema do CC, não havendo predominância de uma sobre a outra. Conforme o caso, aplica-se um ou outro regime da responsabilidade civil, sendo impertinente falar-se em regra e exceção.
> Este parágrafo e o artigo 931 evidenciam que o novo Código é objetivista uma vez que as cláusulas gerais de responsabilidade objetiva neles estabelecidas são tão abrangentes que pouco espaço restou para a responsabilidade subjetiva disciplinada no caput do artigo 927 c.c. 186..





> Pelo amplo espectro de incidência da locução "atividade de risco", arriscamo-nos a dizer que a grande maioria das situações de responsabilidade civil posto à apreciação judicial será resolvida sem a análise da culpabilidade do infrator.

Consulto a conclusão de Tepedino após asseverar o crescimento expressivo das situações jurídicas disciplinadas pela responsabilidade objetiva:

> Diante disso, parece inteiramente injustificada a lição, ainda presente nos manuais de direito civil, segundo a qual a responsabilidade civil, em regra, seria aquiliana ou subjetiva, sendo a responsabilidade objetiva excepcional, engendrada e aplicada pelo direito público.

A propósito, cabe relembrar que, às relações de consumo, mesmo que exista regra específica no CDC, aplicam-se normas do CC quando mais benéficas ao consumidor.

Eis alguns diplomas legais em que se preconiza a modalidade de responsabilização pela via objetiva: Hipóteses de Responsabilidade Objetiva e de Seguro Social na Constituição Federal (art. 7º, XXVIII; art. 21, XXIII, "c"; art. 37, § 6º); legislação relativa a Acidentes de Trabalho (CF, art. 7º, inciso XXVIII, Lei nº 6.367/76, Lei nº 8.213/91); legislação referente ao seguro obrigatório de acidentes de veículos - DPVAT (Leis nº 6.194/74 e 8.441/92); Código Brasileiro do Ar (Decreto nº 234/67); Lei de Acidentes Nucleares (nº 6.453/77); Lei de Danos ao Meio Ambiente (nº 6.938/81); Lei dos Direitos Autorais (nº 9.610/98), Código Brasileiro de Telecomunicações (nº 4.117/62), Lei de Imprensa (nº 5.250/67); Lei Antitruste (nº 8.884/94).

## 4 ÓBICE À IMPUNIDADE NO ÂMBITO PRIVADO

Uma das mais dolorosas chagas sociais a atormentar nós brasileiros é a impunidade, principalmente no plano da criminalidade. Muito do atual quadro de recrudescimento da violência e da criminalidade se deve à impunidade.

Por certo, a expansão do uso da técnica da responsabilidade objetiva tem também o propósito de minimizar os efeitos da impunidade, no plano do direito privado. Assim como o Direito Penal (p. ex. Lei º 9.099/95, quando trata do instituto da composição civil dos danos), o Direito Civil também tem se preocupado mais com a sorte das vítimas de danos.

Dita expansão se prestará como mais uma barreira ao avanço do capitalismo selvagem, aquele do lucro pelo lucro, sem preocupação com bens jurídicos fundamentais como a vida, a saúde e a segurança, especialmente do consumidor.

Judith Martins-Costa, depois de afirmar a necessidade do Estado, por meio do juiz, e fundado em considerações de justiça social, intervir na economia da relação obrigacional, adaptando-a ao contexto econômico-social no qual se desenvolve dinamicamente, a fim de cumprir sua função de produção e intercâmbio de produtos, serviços e direitos, ensina:

> Acresce a este entendimento a evolução da concepção constitucional de poder, transmudando-se a concepção formal, característica das Constituições liberais, em uma concepção que engloba a idéia de freios e limites não só ao despotismo político, mas, por igual, ao despotismo econômico derivado do "poder de fato". A Constituição brasileira segue essa concepção não só ao situar a solidariedade social como "princípio fundamental", mas, por igual, ao regular a ordem econômica (arts. 170 e segs.), transformando-a numa ordem normativa, axiologicamente orientada. Desta maneira a Constituição se torna, no dizer de Galgano, não apenas a fonte suprema do Direito Público, mas, por igual, "a lei fundamental do Direito Privado, reguladora das relações entre os privados, ou com normas imediatamente recepticias ou, mais freqüentemente, com normas de direcionamento para a legislação ordinária.





O direito obrigacional agora está iluminado pela boa-fé objetiva. De opositores, os contratantes passam a ser vistos como colaboradores, pelo que se espera respeito às expectativas criadas no outro e ação com lisura e correção. Os contratantes devem guardar os princípios da probidade e da boa-fé nas fases pré e pós-contratual, assim como na conclusão e execução do contrato.

A objetivação estimula as práticas de substituição do individualismo pela "socialidade" e solidariedade; persuade o fornecedor a tomar medidas aptas a inibir a reiteração do fato danoso, o que, por via oblíqua, implica no alcance de outros benefícios sociais, posto que, ao empenhar-se no sentido de prevenir a reiteração, o produtor ou fornecedor investirá em tecnologias novas e limpas, incentivando a pesquisa, o desenvolvimento sustentável e a geração de emprego e renda.

Mesmo com a adoção da responsabilidade civil objetiva, grande parcela da população brasileira não busca o ressarcimento de danos, em razão de desinformação, da ausência de cultura reparatória, das mazelas que acometem o aparato judiciário, dentre outros fatores.

## 4 ÓBICE À IMPUNIDADE NO ÂMBITO PRIVADO

Uma das mais dolorosas chagas sociais a atormentar nós brasileiros é a impunidade, principalmente no plano da criminalidade. Muito do atual quadro de recrudescimento da violência e da criminalidade se deve à impunidade.

Por certo, a expansão do uso da técnica da responsabilidade objetiva tem também o propósito de minimizar os efeitos da impunidade, no plano do direito privado. Assim como o Direito Penal (p. ex. Lei º 9.099/95, quando trata do instituto da composição civil dos danos), o Direito Civil também tem se preocupado mais com a sorte das vítimas de danos.

Dita expansão se prestará como mais uma barreira ao avanço do capitalismo selvagem, aquele do lucro pelo lucro, sem preocupação com bens jurídicos fundamentais como a vida, a saúde e a segurança, especialmente do consumidor.

Judith Martins-Costa, depois de afirmar a necessidade do Estado, por meio do juiz, e fundado em considerações de justiça social, intervir na economia da relação obrigacional, adaptando-a ao contexto econômico-social no qual se desenvolve dinamicamente, a fim de cumprir sua função de produção e intercâmbio de produtos, serviços e direitos, ensina:

> Acresce a este entendimento a evolução da concepção constitucional de poder, transmudando-se a concepção formal, característica das Constituições liberais, em uma concepção que engloba a idéia de freios e limites não só ao despotismo político, mas, por igual, ao despotismo econômico derivado do "poder de fato". A Constituição brasileira segue essa concepção não só ao situar a solidariedade social como "princípio fundamental", mas, por igual, ao regular a ordem econômica (arts. 170 e segs.), transformando-a numa ordem normativa, axiologicamente orientada. Desta maneira a Constituição se torna, no dizer de Galgano, não apenas a fonte suprema do Direito Público, mas, por igual, "a lei fundamental do Direito Privado, reguladora das relações entre os privados, ou com normas imediatamente recepticias ou, mais freqüentemente, com normas de direcionamento para a legislação ordinária.





O direito obrigacional agora está iluminado pela boa-fé objetiva. De opositores, os contratantes passam a ser vistos como colaboradores, pelo que se espera respeito às expectativas criadas no outro e ação com lisura e correção. Os contratantes devem guardar os princípios da probidade e da boa-fé nas fases pré e pós-contratual, assim como na conclusão e execução do contrato.

A objetivação estimula as práticas de substituição do individualismo pela "socialidade" e solidariedade; persuade o fornecedor a tomar medidas aptas a inibir a reiteração do fato danoso, o que, por via oblíqua, implica no alcance de outros benefícios sociais, posto que, ao empenhar-se no sentido de prevenir a reiteração, o produtor ou fornecedor investirá em tecnologias novas e limpas, incentivando a pesquisa, o desenvolvimento sustentável e a geração de emprego e renda.

Mesmo com a adoção da responsabilidade civil objetiva, grande parcela da população brasileira não busca o ressarcimento de danos, em razão de desinformação, da ausência de cultura reparatória, das mazelas que acometem o aparato judiciário, dentre outros fatores.

## 4 ÓBICE À IMPUNIDADE NO ÂMBITO PRIVADO

Uma das mais dolorosas chagas sociais a atormentar nós brasileiros é a impunidade, principalmente no plano da criminalidade. Muito do atual quadro de recrudescimento da violência e da criminalidade se deve à impunidade.

Por certo, a expansão do uso da técnica da responsabilidade objetiva tem também o propósito de minimizar os efeitos da impunidade, no plano do direito privado. Assim como o Direito Penal (p. ex. Lei º 9.099/95, quando trata do instituto da composição civil dos danos), o Direito Civil também tem se preocupado mais com a sorte das vítimas de danos.

Dita expansão se prestará como mais uma barreira ao avanço do capitalismo selvagem, aquele do lucro pelo lucro, sem preocupação com bens jurídicos fundamentais como a vida, a saúde e a segurança, especialmente do consumidor.

Judith Martins-Costa, depois de afirmar a necessidade do Estado, por meio do juiz, e fundado em considerações de justiça social, intervir na economia da relação obrigacional, adaptando-a ao contexto econômico-social no qual se desenvolve dinamicamente, a fim de cumprir sua função de produção e intercâmbio de produtos, serviços e direitos, ensina:

> Acresce a este entendimento a evolução da concepção constitucional de poder, transmudando-se a concepção formal, caracteristica das Constituições liberais, em uma concepção que engloba a idéia de freios e limites não só ao despotismo politico, mas, por igual, ao despotismo econômico derivado do "poder de fato". A Constituição brasileira segue essa concepção não só ao situar a solidariedade social como "princípio fundamental", mas, por igual, ao regular a ordem econômica (arts. 170 e segs.), transformando-a numa ordem normativa, axiologicamente orientada. Desta maneira a Constituição se torna, no dizer de Galgano, não apenas a fonte suprema do Direito Público, mas, por igual, "a lei fundamental do Direito Privado, reguladora das relações entre os privados, ou com normas imediatamente recepticias ou, mais freqüentemente, com normas de direcionamento para a legislação ordinária.





O direito obrigacional agora está iluminado pela boa-fé objetiva. De opositores, os contratantes passam a ser vistos como colaboradores, pelo que se espera respeito às expectativas criadas no outro e ação com lisura e correção. Os contratantes devem guardar os princípios da probidade e da boa-fé nas fases pré e pós-contratual, assim como na conclusão e execução do contrato.

A objetivação estimula as práticas de substituição do individualismo pela "socialidade" e solidariedade; persuade o fornecedor a tomar medidas aptas a inibir a reiteração do fato danoso, o que, por via oblíqua, implica no alcance de outros benefícios sociais, posto que, ao empenhar-se no sentido de prevenir a reiteração, o produtor ou fornecedor investirá em tecnologias novas e limpas, incentivando a pesquisa, o desenvolvimento sustentável e a geração de emprego e renda.

Mesmo com a adoção da responsabilidade civil objetiva, grande parcela da população brasileira não busca o ressarcimento de danos, em razão de desinformação, da ausência de cultura reparatória, das mazelas que acometem o aparato judiciário, dentre outros fatores.

Porém, com a crescente conscientização da população, a vida em sociedade restaria comprometida sem a responsabilização pela via objetiva. Ora, a intensificação da impunidade e de sua conseqüência imediata – o locupletamento indevido dos causadores de dano –, induziriam à prática da (in)justiça com as próprias mãos.

Devo lembrar que, para obviar hipótese de locupletamento ilegítimo, o legislador prescreveu que não cabe repetição do pagamento de dívida prescrita (obrigação natural) (art. 882 do CC). Destarte, como se admitir que alguém suporte danos incidentes sobre sua pessoa ou sobre seu patrimônio, apenas pela impossibilidade de provar culpa, mesmo tendo demonstrado o nexo e quem materialmente causou os danos?!!! Deixar à própria sorte vítimas inocentes, não configuraria lacuna na lei pela qual os causadores de danos se furtariam à censura judicial, até mesmo quando da utilização da própria torpeza?!!!.

Aliás, não é subjetiva a impossibilidade de provar a culpa, isto é, não diz respeito a um lesado determinado, mas à esmagadora maioria dos integrantes da massa de lesados que são partes na multiplicidade de contratos estabelecidos na complexa sociedade atual.

O STJ, inclusive, já se pronunciou pela legitimidade de resilição de contrato de financiamento imobiliário, com devolução das parcelas pagas, até mesmo em razão de impossibilidade subjetiva do mutuário para continuar honrando as prestações mensais, numa espécie de aceitação, ao meu juízo, da incidência, no plano civil, da exculpante inexigibilidade de conduta diversa.





## 5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CLÁUSULA GERAL DE TUTELA DA PERSONALIDADE, SEUS COROLÁRIOS E OS OBJETIVOS DA REPÚBLICA PREVISTOS NO ART. 3º DA CF

O amplo acesso à jurisdição, prometido na Carta Magna, não pode ser apenas formal, mas de resultado efetivo, adequado, tempestivo e justo (justiça material). Segundo os ditames dos incisos V e X do art. 5º, da CF, ressarcimento "justo" deve ser aquele proporcional ao agravo sofrido pela vítima.

Com o objetivo de ensejar a concretude do postulado da inafastabilidade da jurisdição, o legislador (art. 81 do CDC) preocupou-se em disponibilizar instrumentos processuais idôneos à tutela diferenciada dos interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, a exemplo das ações coletivas (jurisdição coletiva).

Como as ofensas à personalidade humana jamais serão suficientemente reparadas, o legislador preocupa-se em evitá-las, preconizando, a par da tutela ressarcitória, a tutela inibitória (p. ex. arts. 12, 20 e 21 do Código Civil). É dizer: a violação não é o objeto exclusivo da tutela jurídica dos direitos da personalidade (resíduo da tradição patrimonialista), mas, o é, principalmente, o exercício cotidiano desses direitos.

Cabe mencionar também o princípio da eficiência na prestação dos serviços públicos (art. 37, *caput*, CF). A prestação jurisdicional é serviço público indispensável. Tal serviço, quando envolver responsabilidade civil, na grande maioria dos casos, jamais atenderia à solene promessa de eficiência na pacificação social se não fosse a objetivação da responsabilidade do causador do dano.

O Código Civil apregoa indenização na medida da real extensão do dano experimentado e provado (art. 944, *caput*) (*restitutio in integrum*). Observe-se que a máxima reparação se constitui numa homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana. Na sociedade de contratos em massa e de tecnologias de produção de produtos e de prestação de serviços cada vez mais sofisticadas e mutantes, tal preceito tornar-se-ia mera utopia, mera demagogia do legislador, se não fosse previsto, dentre outras ferramentas jurídicas (p. ex., mecanismos previstos no art. 461 do CPC), o instituto da responsabilidade civil objetiva.

## 6 A PROVA DA CULPA

Caio Mário já não inseria explicitamente a culpa como ponto fundamental da responsabilidade civil, pois, ao tempo em que a reconhecia ínsita ao ato ilícito, desde logo a considerava "*insuficiente, pois deixava sem reparação danos sofridos por pessoas que não conseguiam provar a falta do agente*".

Comentei acima que, na prática, a exigência da prova da culpa significaria negação do direito da personalidade de amplo acesso à jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna). Máxime nas relações consumeristas, em que a hipossuficiência jurídica do consumidor é incontroversa, impor prova de culpa seria o mesmo que negá-lo a garantia fundamental de exigir jurisdição do Estado. De fato, quem se atreveria a percorrer os tortuosos caminhos da busca judicial pela reparação, conhecendo, de antemão, a inviabilidade de prosperar sua pretensão.

Daí decorreria insatisfação, desasossego e insegurança. A integral pacificação coletiva, principal escopo da função jurisdicional do Estado, mostrar-se-ia ainda mais distante. O





Estado, desacreditado e desprestigiado, não cumpriria o papel de propiciar BEM-ESTAR. A insatisfação levaria ao caos, à desordem. Destarte, não é da natureza humana a aceitação passiva e sem reparação de dano material e/ou moral.

## 7 O DANO MORAL

BIBLIOTECA DA ESMAPE

A Carta Magna consagrou a compensação financeira em face do dano moral. Na jurisprudência está pacificado o entendimento segundo o qual, em decorrência do mesmo fato, são cumuláveis dano moral e dano material (verbete nº 37 da Súmula do STJ). Por certo, a positivação na Lei Magna deveu-se à promessa nela contida de instituir-se no Brasil um novo Estado, o Estado Democrático e de Direito, fundado na cidadania e na dignidade da pessoa humana, assim como voltado à solidariedade social e à superação da pobreza e das desigualdades.

Ora, o dano moral (ou dano extrapatrimonial), segundo o ilustrado Paulo Luiz Netto Lobo, "*constitui-se na sanção adequada ao descumprimento do dever absoluto de abstenção*". É de conhecimento geral que os direitos da personalidade são tidos como direitos absolutos, vez que geram obrigações imputáveis a todos indistintamente (*erga omnes*).

Todo esse aparato jurídico-positivo mostrar-se-ia sem nenhuma efetividade se a responsabilização civil por danos morais não fosse reconhecida através da via objetiva.

Os riscos aos direitos da personalidade são cada vez mais acentuados, diante das plúrimas e dinâmicas relações verificadas na complexa sociedade de nossos dias, onde pontua a potencialidade lesiva à imagem, à intimidade, ao direito autoral, à honra, ao nome etc advinda principalmente da multiplicidade

O Código Civil apregoa indenização na medida da real extensão do dano experimentado e provado (art. 944, *caput*) (*restitutio in integrum*). Observe-se que a máxima reparação se constitui numa homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana. Na sociedade de contratos em massa e de tecnologias de produção de produtos e de prestação de serviços cada vez mais sofisticadas e mutantes, tal preceito tornar-se-ia mera utopia, mera demagogia do legislador, se não fosse previsto, dentre outras ferramentas jurídicas (p. ex., mecanismos previstos no art. 461 do CPC), o instituto da responsabilidade civil objetiva.

## 6 A PROVA DA CULPA

Caio Mário já não inseria explicitamente a culpa como ponto fundamental da responsabilidade civil, pois, ao tempo em que a reconhecia ínsita ao ato ilícito, desde logo a considerava "*insuficiente, pois deixava sem reparação danos sofridos por pessoas que não conseguiam provar a falta do agente*".

Comentei acima que, na prática, a exigência da prova da culpa significaria negação do direito da personalidade de amplo acesso à jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna). Máxime nas relações consumeristas, em que a hipossuficiência jurídica do consumidor é incontroversa, impor prova de culpa seria o mesmo que negá-lo a garantia fundamental de exigir jurisdição do Estado. De fato, quem se atreveria a percorrer os tortuosos caminhos da busca judicial pela reparação, conhecendo, de antemão, a inviabilidade de prosperar sua pretensão.

Daí decorreria insatisfação, desasossego e insegurança. A integral pacificação coletiva, principal escopo da função jurisdicional do Estado, mostrar-se-ia ainda mais distante. O





Estado, desacreditado e desprestigiado, não cumpriria o papel de propiciar BEM-ESTAR. A insatisfação levaria ao caos, à desordem. Destarte, não é da natureza humana a aceitação passiva e sem reparação de dano material e/ou moral.

## 7 O DANO MORAL

BIBLIOTECA DA ESMAPE

A Carta Magna consagrou a compensação financeira em face do dano moral. Na jurisprudência está pacificado o entendimento segundo o qual, em decorrência do mesmo fato, são cumuláveis dano moral e dano material (verbete nº 37 da Súmula do STJ). Por certo, a positivação na Lei Magna deveu-se à promessa nela contida de instituir-se no Brasil um novo Estado, o Estado Democrático e de Direito, fundado na cidadania e na dignidade da pessoa humana, assim como voltado à solidariedade social e à superação da pobreza e das desigualdades.

Ora, o dano moral (ou dano extrapatrimonial), segundo o ilustrado Paulo Luiz Netto Lobo, "*constitui-se na sanção adequada ao descumprimento do dever absoluto de abstenção*". É de conhecimento geral que os direitos da personalidade são tidos como direitos absolutos, vez que geram obrigações imputáveis a todos indistintamente (*erga omnes*).

Todo esse aparato jurídico-positivo mostrar-se-ia sem nenhuma efetividade se a responsabilização civil por danos morais não fosse reconhecida através da via objetiva.

Os riscos aos direitos da personalidade são cada vez mais acentuados, diante das plúrimas e dinâmicas relações verificadas na complexa sociedade de nossos dias, onde pontua a potencialidade lesiva à imagem, à intimidade, ao direito autoral, à honra, ao nome etc advinda principalmente da multiplicidade

O Código Civil apregoa indenização na medida da real extensão do dano experimentado e provado (art. 944, *caput*) (*restitutio in integrum*). Observe-se que a máxima reparação se constitui numa homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana. Na sociedade de contratos em massa e de tecnologias de produção de produtos e de prestação de serviços cada vez mais sofisticadas e mutantes, tal preceito tornar-se-ia mera utopia, mera demagogia do legislador, se não fosse previsto, dentre outras ferramentas jurídicas (p. ex., mecanismos previstos no art. 461 do CPC), o instituto da responsabilidade civil objetiva.

## 6 A PROVA DA CULPA

Caio Mário já não inseria explicitamente a culpa como ponto fundamental da responsabilidade civil, pois, ao tempo em que a reconhecia ínsita ao ato ilícito, desde logo a considerava "*insuficiente, pois deixava sem reparação danos sofridos por pessoas que não conseguiam provar a falta do agente*".

Comentei acima que, na prática, a exigência da prova da culpa significaria negação do direito da personalidade de amplo acesso à jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna). Máxime nas relações consumeristas, em que a hipossuficiência jurídica do consumidor é incontroversa, impor prova de culpa seria o mesmo que negá-lo a garantia fundamental de exigir jurisdição do Estado. De fato, quem se atreveria a percorrer os tortuosos caminhos da busca judicial pela reparação, conhecendo, de antemão, a inviabilidade de prosperar sua pretensão.

Daí decorreria insatisfação, desasossego e insegurança. A integral pacificação coletiva, principal escopo da função jurisdicional do Estado, mostrar-se-ia ainda mais distante. O





Estado, desacreditado e desprestigiado, não cumpriria o papel de propiciar BEM-ESTAR. A insatisfação levaria ao caos, à desordem. Destarte, não é da natureza humana a aceitação passiva e sem reparação de dano material e/ou moral.

## 7 O DANO MORAL

BIBLIOTECA DA ESMAPE

A Carta Magna consagrou a compensação financeira em face do dano moral. Na jurisprudência está pacificado o entendimento segundo o qual, em decorrência do mesmo fato, são cumuláveis dano moral e dano material (verbete nº 37 da Súmula do STJ). Por certo, a positivação na Lei Magna deveu-se à promessa nela contida de instituir-se no Brasil um novo Estado, o Estado Democrático e de Direito, fundado na cidadania e na dignidade da pessoa humana, assim como voltado à solidariedade social e à superação da pobreza e das desigualdades.

Ora, o dano moral (ou dano extrapatrimonial), segundo o ilustrado Paulo Luiz Netto Lobo, "*constitui-se na sanção adequada ao descumprimento do dever absoluto de abstenção*". É de conhecimento geral que os direitos da personalidade são tidos como direitos absolutos, vez que geram obrigações imputáveis a todos indistintamente (*erga omnes*).

Todo esse aparato jurídico-positivo mostrar-se-ia sem nenhuma efetividade se a responsabilização civil por danos morais não fosse reconhecida através da via objetiva.

Os riscos aos direitos da personalidade são cada vez mais acentuados, diante das plúrimas e dinâmicas relações verificadas na complexa sociedade de nossos dias, onde pontua a potencialidade lesiva à imagem, à intimidade, ao direito autoral, à honra, ao nome etc advinda principalmente da multiplicidade

O Código Civil apregoa indenização na medida da real extensão do dano experimentado e provado (art. 944, *caput*) (*restitutio in integrum*). Observe-se que a máxima reparação se constitui numa homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana. Na sociedade de contratos em massa e de tecnologias de produção de produtos e de prestação de serviços cada vez mais sofisticadas e mutantes, tal preceito tornar-se-ia mera utopia, mera demagogia do legislador, se não fosse previsto, dentre outras ferramentas jurídicas (p. ex., mecanismos previstos no art. 461 do CPC), o instituto da responsabilidade civil objetiva.

## 6 A PROVA DA CULPA

Caio Mário já não inseria explicitamente a culpa como ponto fundamental da responsabilidade civil, pois, ao tempo em que a reconhecia insita ao ato ilícito, desde logo a considerava "*insuficiente, pois deixava sem reparação danos sofridos por pessoas que não conseguiam provar a falta do agente*".

Comentei acima que, na prática, a exigência da prova da culpa significaria negação do direito da personalidade de amplo acesso à jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna). Máxime nas relações consumeristas, em que a hipossuficiência jurídica do consumidor é incontroversa, impor prova de culpa seria o mesmo que negá-lo a garantia fundamental de exigir jurisdição do Estado. De fato, quem se atreveria a percorrer os tortuosos caminhos da busca judicial pela reparação, conhecendo, de antemão, a inviabilidade de prosperar sua pretensão.

Daí decorreria insatisfação, desasossego e insegurança. A integral pacificação coletiva, principal escopo da função jurisdicional do Estado, mostrar-se-ia ainda mais distante. O





Estado, desacreditado e desprestigiado, não cumpriria o papel de propiciar BEM-ESTAR. A insatisfação levaria ao caos, à desordem. Destarte, não é da natureza humana a aceitação passiva e sem reparação de dano material e/ou moral.

BIBLIOTECA DA ESMAPE

## 7 O DANO MORAL

A Carta Magna consagrou a compensação financeira em face do dano moral. Na jurisprudência está pacificado o entendimento segundo o qual, em decorrência do mesmo fato, são cumuláveis dano moral e dano material (verbete nº 37 da Súmula do STJ). Por certo, a positivação na Lei Magna deveu-se à promessa nela contida de instituir-se no Brasil um novo Estado, o Estado Democrático e de Direito, fundado na cidadania e na dignidade da pessoa humana, assim como voltado à solidariedade social e à superação da pobreza e das desigualdades.

Ora, o dano moral (ou dano extrapatrimonial), segundo o ilustrado Paulo Luiz Netto Lobo, "*constitui-se na sanção adequada ao descumprimento do dever absoluto de abstenção*". É de conhecimento geral que os direitos da personalidade são tidos como direitos absolutos, vez que geram obrigações imputáveis a todos indistintamente (*erga omnes*).

Todo esse aparato jurídico-positivo mostrar-se-ia sem nenhuma efetividade se a responsabilização civil por danos morais não fosse reconhecida através da via objetiva.

Os riscos aos direitos da personalidade são cada vez mais acentuados, diante das plúrimas e dinâmicas relações verificadas na complexa sociedade de nossos dias, onde pontua a potencialidade lesiva à imagem, à intimidade, ao direito autoral, à honra, ao nome etc advinda principalmente da multiplicidade

de meios de comunicação com alta tecnologia (internet à frente).

Neste quadro, apresentar-se-ia "diabólica" a exigência de prova de culpa do agente causador do dano moral, quando, inclusive, já se pacificou que a vítima não necessita sequer provar a existência do dano em si (*an debeatur*), posto que presumida. O sofrimento, pois, é conseqüência da natureza das coisas (seria ilógico imaginar alguém tendo que provar que sofreu, que sentiu dor moral) (STJ, RESP 506437/SP, j. 16.09.2003). A responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação (*damnu in re ipsa*). Demonstrado o nexo de causalidade, e ausente alguma das excludentes, cabe ao juiz, com prudência e proporcionalidade, arbitrar o *quantum debeatur*.

## 8 CONCLUSÕES

A expansão da responsabilidade civil pela via objetiva, fórmula jurídica agora também adotada com realce no Código Civil, eixo do direito privado, é reflexo dos valores éticos e sociais prevalecentes na sociedade brasileira de nossos tempos.

O fenômeno da repersonalização, assentado na cláusula geral da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República, implicou na modernização do direito privado, pontuando o advento do CDC. Novas fórmulas jurídicas capazes de conformar os direitos da personalidade foram engendradas pelos juristas, merecendo destaque a intensificação da utilização da teoria do risco como remédio para a injustiça decorrente da ausência de ressarcimento por impossibilidade do lesado comprovar a culpa do agente causador do dano.

Na teoria do risco, a responsabilidade de reparar advém exclusivamente do fato de o dano ter sido conseqüência de





uma atividade potencialmente lesiva a alguém. A responsabilidade desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco.

Não se conforma com o bom senso, com o sentido comum de justiça material, com a finalidade social do direito, com o princípio da razoabilidade enfim, que a diminuição patrimonial de uma pessoa, por atos de outra, fique sem reparo porque aquela não pôde se desincumbir do ônus de provar a culpa desta.

Ausência de prova, aliás, não imputável à contumácia da vítima, mas exclusivamente à impossibilidade técnico-fática de fazê-lo. O direito, por razão nenhuma, muito menos por mero apego a fórmulas jurídicas que se tornaram imprestáveis à realidade social cambiante, pode chancelar iniqüidades, injustiças.

Ora, no direito penal a culpabilidade é afastada quando do agente, apontado como criminoso, não se poderia exigir outra conduta no momento do fato (inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade). No que tange à responsabilidade civil, também não se mostraria jurídico a irreparabilidade do dano sofrido pela vítima nas situações, a cada dia mais hegemônicas, em que se lhe fosse inexigível a prova da culpa.

A expansão aqui estudada configura instrumento de concretização dos direitos da personalidade, dentre eles o respeito à dignidade da pessoa humana, o pleno exercício da cidadania, o amplo acesso à jurisdição material, a integral reparação dos danos materiais e morais, a paz etc. Dito com outras palavras: a objetivação da responsabilidade civil volta-se à realização das metas características do Estado Democrático e de Direito, em particular daquelas concernentes aos direitos

da personalidade. Atente-se, portanto, para a grande importância política de tal fórmula de solução de conflitos.

A técnica aqui estudada também conforma o princípio da igualdade material, pelo qual se dispensa tratamento desigual aos juridicamente desiguais. O agente causador tem a alternativa de distribuir o custo do dano eventual entre os consumidores, através da composição do preço do produto ou serviço. Pode até se eximir da responsabilidade quando provar a incidência de uma causa excludente. E o lesado, tem alguma alternativa? Sem a objetivação da responsabilidade, na hipótese de não provar a culpa, restar-lhe-ia o prejuízo irreparado.

Os operadores do direito, especialmente os juízes, haverão de se portar com cautela e razoabilidade na interpretação e aplicação dos dispositivos que expandem a responsabilidade civil objetiva. Assim se conduzindo, reprimirão abusos e o enriquecimento sem causa, agora da suposta vítima ("indústria da responsabilidade civil"), cuja culpa, bem como outras causas de exclusão da responsabilidade, não podem deixar de ser pesquisadas, evitando-se a teoria do risco integral.

O direito civil deixou de ser o direito do indivíduo para ser o direito da pessoa. Suas categorias e institutos continuam importantes, mas se faz necessária mudança de atitude dos operadores, a partir de sua interpretação segundo a tábua axiológica posta na Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. tomo III.





CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2000.

Danos morais e direitos da personalidade. Disponível em < http: //www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445> Acesso em 15.fev.2007.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil**: da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XIII.

FACHIN, Luiz Edson *apud* Pablo Stolze Gagliano *et al.* **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. III.

Gagliano, Pablo Stolze *et al.* **Novo Curso de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2006. v. III.

GONÇALVES, Carlos Roberto; AZEVEDO, Antonio Junqueira (Coordenadores). **Comentário ao Código Civil:** parte especial - direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V, tomo I.

NERY JÚNIOR, Nélson *et al.* **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974. 6v, v. 1.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

da personalidade. Atente-se, portanto, para a grande importância política de tal fórmula de solução de conflitos.

A técnica aqui estudada também conforma o princípio da igualdade material, pelo qual se dispensa tratamento desigual aos juridicamente desiguais. O agente causador tem a alternativa de distribuir o custo do dano eventual entre os consumidores, através da composição do preço do produto ou serviço. Pode até se eximir da responsabilidade quando provar a incidência de uma causa excludente. E o lesado, tem alguma alternativa? Sem a objetivação da responsabilidade, na hipótese de não provar a culpa, restar-lhe-ia o prejuízo irreparado.

Os operadores do direito, especialmente os juízes, haverão de se portar com cautela e razoabilidade na interpretação e aplicação dos dispositivos que expandem a responsabilidade civil objetiva. Assim se conduzindo, reprimirão abusos e o enriquecimento sem causa, agora da suposta vítima ("indústria da responsabilidade civil"), cuja culpa, bem como outras causas de exclusão da responsabilidade, não podem deixar de ser pesquisadas, evitando-se a teoria do risco integral.

O direito civil deixou de ser o direito do indivíduo para ser o direito da pessoa. Suas categorias e institutos continuam importantes, mas se faz necessária mudança de atitude dos operadores, a partir de sua interpretação segundo a tábua axiológica posta na Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. tomo III.





CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2000.

Danos morais e direitos da personalidade. Disponível em < http: //www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445> Acesso em 15.fev.2007.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil**: da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XIII.

FACHIN, Luiz Edson *apud* Pablo Stolze Gagliano *et al.* **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. III.

Gagliano, Pablo Stolze *et al.* **Novo Curso de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2006. v. III.

GONÇALVES, Carlos Roberto; AZEVEDO, Antonio Junqueira (Coordenadores). **Comentário ao Código Civil:** parte especial - direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V, tomo I.

NERY JÚNIOR, Nélson *et al.* **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974. 6v, v. 1.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

# DO PREQUESTIONAMENTO FICTO COMO MEIO PARA EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE, ECONOMICIDADE E CELERIDADE DO PROCESSO

***Frederico Augusto Leopoldino Koehler***
Juiz Federal Substituto lotado na 2ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, na 5ª Região.

**RESUMO:**
*Trata-se de estudo acerca da divergência existente entre as Súmulas 356 do STF e 211 do STJ, procurando-se, através da análise de diversos aspectos, demonstrar que a solução do Excelso Pretório, adotando o prequestionamento ficto, é a que proporciona maior grau de concretude aos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo.*

**SUMÁRIO**

1 INTRODUÇÃO. 2 DA ANÁLISE DOS DIVERSOS ASPECTOS REFERENTES AO TEMA. 2.1 Da ausência de prejuízos ao recorrido na posição do STF. 2.2 Da negativa de vigência à lei pela omissão em aplicá-la. 2.3 Da atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial. 2.4 Da possibilidade de interposição de recurso extraordinário contra acórdão do STJ que aplique a Súmula 211. 2.5 Da transformação dos Tribunais Superiores em Corte de Cassação pelo entendimento do STJ. 2.6 Da criação de uma *via crucis* pela Súmula

211 do STJ. 2.7 Da aplicação do princípio da fungibilidade recursal à matéria. 3 CONCLUSÃO. 4 REFERÊNCIA.

## 1 INTRODUÇÃO

O artigo foi elaborado com vistas à realização de uma análise crítica acerca da divergência jurisprudencial e sumular existente entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, com relação à solução adotada quanto aos casos em que ocorre omissão em acórdão proferido por Tribunal local, são opostos embargos declaratórios prequestionadores, porém, os mesmos não são conhecidos ou providos.

Tal controvérsia surgiu, pois o STJ editou, em 01/07/1998, a Súmula 211, com o seguinte enunciado: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo", sustentando ser necessário, in casu, que o embargante interponha recurso especial, alegando infringência ao art. 535 do Código de Processo Civil, para que o STJ anule o acórdão proferido nos embargos e devolva os autos à Corte de origem, a fim de que essa prequestione a matéria federal, possibilitando o recurso especial referente à questão de fundo.

O STF, em entendimento diametralmente oposto, originariamente no julgamento do RE 210.638/SP, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, por sua Primeira Turma (vide Informativo nº 107 do STF), e depois, por seu Pleno (vencido o Min. Marco Aurélio), no RE 219.934-2/SP, Rel. Min. Octávio Gallotti, julgado em 14.6.2000 (vide Informativo nº 193), decidiu reinterpretar a sua Súmula 356 ("O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento"), de modo a entender que, opostos os embargos de declaração, já se encontra prequestionada a matéria, incumbindo ao Tribunal Superior, de logo, examinar a questão de fundo.





Serão analisados os argumentos de ambas as posições, na tentativa de atingir-se a solução mais consentânea com os princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo.

## 2 DA ANÁLISE DOS DIVERSOS ARGUMENTOS REFERENTES AO TEMA

### 2.1 Da ausência de prejuízos ao recorrido na posição do STF

Muito se alardeia (como faz, *v.g.*, Samuel Monteiro[1]) que o entendimento adotado pelo STF na Súmula 356 ocasionaria supressão de instância e surpreenderia a parte adversa. Tal entendimento é, *data venia*, equivocado, não existindo a indigitada surpresa, porque nos embargos declaratórios não se traz questão nova, além do que, quando tais embargos têm efeitos infringentes, é usual intimar-se o embargado para apresentar contra-razões. Ademais, os recursos extraordinário e especial também têm contra-razões, nas quais será realizado o contraditório.

Outrossim, também não ocorre a supressão de instância, pois a Corte *a quo*, além de julgar o mérito, teve ainda oportunidade de manifestar-se novamente nos embargos. Assim, verifica-se a inocorrência de julgamento *per saltum* na adoção da Súmula 356 do STF, eis que houve mais de um *decisum* do Tribunal de origem.

[1] Apud PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. **Prática dos recursos especial e extraordinário**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 95/96.

211 do STJ. 2.7 Da aplicação do princípio da fungibilidade recursal à matéria. 3 CONCLUSÃO. 4 REFERÊNCIA.

## 1 INTRODUÇÃO

O artigo foi elaborado com vistas à realização de uma análise crítica acerca da divergência jurisprudencial e sumular existente entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, com relação à solução adotada quanto aos casos em que ocorre omissão em acórdão proferido por Tribunal local, são opostos embargos declaratórios prequestionadores, porém, os mesmos não são conhecidos ou providos.

Tal controvérsia surgiu, pois o STJ editou, em 01/07/1998, a Súmula 211, com o seguinte enunciado: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo", sustentando ser necessário, in casu, que o embargante interponha recurso especial, alegando infringência ao art. 535 do Código de Processo Civil, para que o STJ anule o acórdão proferido nos embargos e devolva os autos à Corte de origem, a fim de que essa prequestione a matéria federal, possibilitando o recurso especial referente à questão de fundo.

O STF, em entendimento diametralmente oposto, originariamente no julgamento do RE 210.638/SP, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, por sua Primeira Turma (vide Informativo nº 107 do STF), e depois, por seu Pleno (vencido o Min. Marco Aurélio), no RE 219.934-2/SP, Rel. Min. Octávio Gallotti, julgado em 14.6.2000 (vide Informativo nº 193), decidiu reinterpretar a sua Súmula 356 ("O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento"), de modo a entender que, opostos os embargos de declaração, já se encontra prequestionada a matéria, incumbindo ao Tribunal Superior, de logo, examinar a questão de fundo.





Serão analisados os argumentos de ambas as posições, na tentativa de atingir-se a solução mais consentânea com os princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo.

## 2 DA ANÁLISE DOS DIVERSOS ARGUMENTOS REFERENTES AO TEMA

### 2.1 Da ausência de prejuízos ao recorrido na posição do STF

Muito se alardeia (como faz, *v.g.*, Samuel Monteiro[1]) que o entendimento adotado pelo STF na Súmula 356 ocasionaria supressão de instância e surpreenderia a parte adversa. Tal entendimento é, *data venia*, equivocado, não existindo a indigitada surpresa, porque nos embargos declaratórios não se traz questão nova, além do que, quando tais embargos têm efeitos infringentes, é usual intimar-se o embargado para apresentar contra-razões. Ademais, os recursos extraordinário e especial também têm contra-razões, nas quais será realizado o contraditório.

Outrossim, também não ocorre a supressão de instância, pois a Corte *a quo*, além de julgar o mérito, teve ainda oportunidade de manifestar-se novamente nos embargos. Assim, verifica-se a inocorrência de julgamento *per saltum* na adoção da Súmula 356 do STF, eis que houve mais de um *decisum* do Tribunal de origem.

[1] Apud PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. **Prática dos recursos especial e extraordinário**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 95/96.

## 2.2 Da negativa de vigência à lei pela omissão em aplicá-la

O silêncio do órgão julgador representa sinônimo de lesão à norma jurídica aventada pela parte como fundamento de seu direito. A esse respeito, veja-se a lição de Rafael Bielsa[2]: "*a juizio juestro si el tribunal federal o el tribunal local, sin declarar la invalidez de la ley cuestionada, dejan de aplicarla, puede considerarse que la resolución del juez es implicitamente contraria al derecho invocado*".

Com efeito, o papel das partes é explicitar os fatos corretamente, devendo o juiz julgá-los, aplicando o direito à espécie (*iura novit curia*). A propósito, vêm a calhar os ensinamentos de Rodrigo da Cunha Lima[3]: "*Ademais, não há motivo, em princípio, para se recusar aplicação ao brocardo latino narra mihi factum dabo tibis ius em sede de recurso especial*". Também, no mesmo sentido, manifesta-se Galeno Lacerda[4]: "*Em outras palavras, deve prevalecer, sempre, o princípio iura novit curia*".

Ao não aplicar um artigo de lei, o Tribunal *a quo* já o está lesionando (por negativa de vigência); daí porque não é necessária a interposição de recurso especial com o fito de prequestionamento na Corte de origem. Não sendo a questão nova, e já tendo sido oportunizado o debate no processo, a omissão do Tribunal *a quo* justifica, de *per si*, os recursos extraordinários *lato sensu*.

[2] Apud MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento e os pressupostos dos recursos extraordinário e especial. *In* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário.** São Paulo: RT, 1997. p. 306.

[3] FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Prequestionamento implícito em recurso especial. In: NERY JÚNIOR, Nelson (coord.) e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2001. p. 978.

[4] LACERDA, Galeno. Prequestionamento. **Forense,** v. I. 346, p. 208, abr/jun. 1999.





## 2.3 Da atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial

Enquanto o posicionamento do STF permite que seja eventualmente pleiteado efeito suspensivo ao recurso extraordinário (pois este tratará logo da matéria de fundo), a posição do STJ não o permite. Com efeito, seguindo-se a Súmula 211 do STJ, terá que ser interposto recurso especial, objetivando a anulação do acórdão proferido pela Corte a *quo*, sendo que, não tendo sido admitido recurso pelo Tribunal Superior com relação ao mérito da lide, não poderá esse atribuir efeito suspensivo; também o Tribunal a *quo* não atribuirá tal efeito, porque terá como incorreta a interposição de RESP contra seu acórdão que negou/não conheceu os embargos de declaração.

A propósito, o art. 543, c/c o §1º do CPC, determina que, quando interpostos simultaneamente recursos extraordinário e especial, via de regra, aquele ficará sobrestado enquanto esse é julgado. Isso pode prejudicar ainda mais a parte recorrente porque, pendente o recurso especial de julgamento no STJ, essa Corte aplicará a sua Súmula 211, e enquanto se percorre o longo caminho determinado por esse entendimento, o recurso extraordinário não poderá ser examinado.

## 2.4 Da possibilidade de interposição de recurso extraordinário contra acórdão do STJ que aplique a Súmula 211

*Quid juris* se, após a denegação dos embargos declaratórios, a parte sucumbente entra com recurso especial, alegando apenas a matéria de fundo (sem alegar nulidade por omissão com base no art. 535 do CPC) ? O STJ, com fulcro na Súmula 211, simplesmente não conhecerá do recurso especial, em face da ausência de prequestionamento.

Entretanto, há uma opção que pode salvar o recorrente nesse caso. Após o não conhecimento do recurso especial, deve a parte entrar com embargos declaratórios no STJ para prequestionar o art. 105, inciso III, da CF, e depois (quando esse Tribunal não conhecer/não prover os embargos), entrar com recurso extraordinário contra esse último acórdão do STJ, alegando ofensa àquele dispositivo.

O recurso seria provido pelo STF e enviado de volta ao STJ para que julgasse o mérito do recurso especial (na verdade, o STF forçaria o STJ a cumprir o determinado em sua Súmula 356). Confirmando tal possibilidade, José Theophilo Fleury informa que[5]:

> *Em julgado recente, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal não deu provimento a recurso extraordinário contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça – que não conheceu de recurso especial por ausência de prequestionamento, não obstante a oposição de embargos de declaração pela parte –, **tão-somente porque o recurso extraordinário foi mal interposto (alegou-se afronta ao devido processo legal e ao contraditório, quando se haveria que invocar afronta ao art. 105, III, CF). Contudo, consignou-se expressamente a contrariedade desta orientação do STJ à Súmula 356 do STF e ao art. 105, III, CF.*** (grifou-se).

Fortalece tal hipótese, ainda, uma das conclusões da obra de José Miguel Garcia Medina[6], a seguir transcrita:

[5] FLEURY, José Theophilo. *Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: súmula 356/STF X súmula 211/STJ?* In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda (coord), NERY JÚNIOR, Nelson (coord.) e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: RT, 2000. p. 430.

[6] MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. Série Recursos no processo civil ,v.. 6, p. 313.





> *75) O cabimento do recurso extraordinário em face de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça pode surgir em dois momentos: 1°) quando o Superior Tribunal de Justiça não conhece recurso especial, pois, considerando que os pressupostos de admissibilidade do recurso especial encontram-se na Constituição Federal, pode-se inferir que, quando o Superior Tribunal de Justiça não admite o recurso especial, estaria sendo desrespeitada a Constituição Federal; (...).*

Interessante observar-se que poderá ser pedido ao relator que dê provimento de imediato ao recurso extraordinário ora sugerido, com base no art. 557, §1°-A, do CPC (acrescentado pela Lei n° 9.756, de 17 de dezembro de 1998), eis que o STF considerará (como visto no voto retrotranscrito) que o acórdão do STJ está em confronto com a sua Súmula 356, podendo ser acelerado, assim, o *iter* processual.

## 2.5 Da transformação dos Tribunais Superiores em Cortes de Cassação pelo entendimento do STJ

A orientação da Súmula 211 do STJ tende a transformar STJ e STF em Cortes de Cassação (as quais se limitam a anular o *decisum* e remeter os autos de volta ao órgão julgador de origem, para que este se pronuncie sobre o mérito), o que não pode ocorrer, pois os Tribunais pátrios devem anular o acórdão e julgar o mérito. Acerca disso, observe-se o que dispõe a Súmula 456 do STF: "*O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie*".

Com efeito, Jorge Tosta (em artigo escrito na Revista de Processo, n. 84, p. 378), já fazia essa crítica[7]. Os Tribunais

[7] Vide comentário em OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Prequestionamento. In* NERY JÚNIOR, Nelson (coord.) e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.** São Paulo: RT, 1999. p. 255, nota 18.

Entretanto, há uma opção que pode salvar o recorrente nesse caso. Após o não conhecimento do recurso especial, deve a parte entrar com embargos declaratórios no STJ para prequestionar o art. 105, inciso III, da CF, e depois (quando esse Tribunal não conhecer/não prover os embargos), entrar com recurso extraordinário contra esse último acórdão do STJ, alegando ofensa àquele dispositivo.

O recurso seria provido pelo STF e enviado de volta ao STJ para que julgasse o mérito do recurso especial (na verdade, o STF forçaria o STJ a cumprir o determinado em sua Súmula 356). Confirmando tal possibilidade, José Theophilo Fleury informa que[5]:

> *Em julgado recente, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal não deu provimento a recurso extraordinário contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça – que não conheceu de recurso especial por ausência de prequestionamento, não obstante a oposição de embargos de declaração pela parte -,* ***tão-somente porque o recurso extraordinário foi mal interposto (alegou-se afronta ao devido processo legal e ao contraditório, quando se haveria que invocar afronta ao art. 105, III, CF). Contudo, consignou-se expressamente a contrariedade desta orientação do STJ à Súmula 356 do STF e ao art. 105, III, CF.*** (grifou-se).

Fortalece tal hipótese, ainda, uma das conclusões da obra de José Miguel Garcia Medina[6], a seguir transcrita:

[5] FLEURY, José Theophilo. *Do prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: súmula 356/STF X súmula 211/STJ?* In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda (coord), NERY JÚNIOR, Nelson (coord.) e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: RT, 2000. p. 430.

[6] MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. Série Recursos no processo civil ,v.. 6, p. 313.





> *75) O cabimento do recurso extraordinário em face de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça pode surgir em dois momentos: 1°) quando o Superior Tribunal de Justiça não conhece recurso especial, pois, considerando que os pressupostos de admissibilidade do recurso especial encontram-se na Constituição Federal, pode-se inferir que, quando o Superior Tribunal de Justiça não admite o recurso especial, estaria sendo desrespeitada a Constituição Federal; (...).*

Interessante observar-se que poderá ser pedido ao relator que dê provimento de imediato ao recurso extraordinário ora sugerido, com base no art. 557, §1º-A, do CPC (acrescentado pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998), eis que o STF considerará (como visto no voto retrotranscrito) que o acórdão do STJ está em confronto com a sua Súmula 356, podendo ser acelerado, assim, o *iter* processual.

## 2.5 Da transformação dos Tribunais Superiores em Cortes de Cassação pelo entendimento do STJ

A orientação da Súmula 211 do STJ tende a transformar STJ e STF em Cortes de Cassação (as quais se limitam a anular o *decisum* e remeter os autos de volta ao órgão julgador de origem, para que este se pronuncie sobre o mérito), o que não pode ocorrer, pois os Tribunais pátrios devem anular o acórdão e julgar o mérito. Acerca disso, observe-se o que dispõe a Súmula 456 do STF: "*O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie*".

Com efeito, Jorge Tosta (em artigo escrito na Revista de Processo, n. 84, p. 378), já fazia essa crítica[7]. Os Tribunais

[7] Vide comentário em OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Prequestionamento. In* NERY JÚNIOR, Nelson (coord.) e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.** São Paulo: RT, 1999. p. 255, nota 18.

Superiores pátrios devem julgar o mérito da questão de fundo dos recursos especial e extraordinário, e não se limitarem a determinar novo julgamento pelo Tribunal *a quo*. Esse último procedimento deve ser usado, apenas, quando se trate de *error in procedendo*, e não de *error in judicando*. Nesse sentido, leciona José Carlos Barbosa Moreira[8]:

> *O Superior Tribunal de Justiça, porém, é competente para "julgar" (...) as causas" (Constituição da República, art. 105, n° III) – o que significa que, quando conheça do recurso especial, não se cingirá a fixar a tese jurídica a seu ver correta, mas a aplicará à espécie. Incide, então, o art. 512 do Código de Processo Civil, a não ser que se trate de* error in procedendo, *capaz de invalidar o acórdão recorrido (cf. supra, §17, n° III, 2).*

E o acórdão que não examina determinada matéria, a despeito de ter sido a mesma suscitada pela parte, incide em *error in judicando*, se a sua omissão puder provocar alteração no resultado da lide (efeitos infringentes). De fato, isso comumente ocorre nos casos de embargos declaratórios prequestionadores, pois a parte embargante sustenta que o Tribunal *a quo* se omitiu, tendo essa omissão provocado um julgamento incorreto (= má aplicação da lei), isto é, um *error in judicando*, e que a Corte Superior deveria corrigir isso.

Há que se ver, também, que os embargos declaratórios são, muitas vezes, improvidos no mérito. E, uma vez julgado o mérito, pelo Tribunal *a quo*, deverá o Tribunal *ad quem* também julgá-lo por inteiro. Se o STJ conhecer o recurso especial, deve julgá-lo no mérito, só retornando os autos à Corte de origem se essa última não tiver julgado o mérito. Contudo, nos casos em discussão no presente estudo, já houve julga-

[8] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Novo processo civil brasileiro**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p 160.





mento de mérito, o que torna imprescindível que o Tribunal Superior também emita decisão meritória.

Relevante notar-se o que diz a respeito de tal tema Teresa Arruda Alvim Wambier[9]: "*Cassado o acórdão, os autos deverão retornar ao tribunal de origem,* ***para que sejam julgados, pelo mérito, os embargos de declaração****, vale dizer, para que o tribunal, suprindo a omissão, decida a questão federal ou constitucional*".

Ora, o mérito já foi julgado pelo Tribunal *a quo* quando os embargos de declaração foram improvidos[10]. Se o STJ discorda do *decisum* da Corte de origem, deve reformá-lo no mérito, e não remeter o processo de volta àquele órgão julgador, forçando-o a emitir um pronunciamento predeterminado pelo Tribunal Superior, contrário ao *decisum* meritório adrede manifestado pelo próprio Sodalício *a quo*.

## 2.6 Da criação de uma *via crucis* pela Súmula 211 do STJ

O Ministro Eduardo R. de Oliveira[11] faz a seguinte crítica à posição adotada pelo STF: "*Com a devida vênia, entender que se faz imprescindível o pedido de declaração, mas que nada importa o que disso advenha, corresponde a simplesmente cumprir um ritual*".

Na verdade, mais ritualística é a solução que decorre da aplicação da Súmula 211 do STJ, eis que terá que ser percorrida uma onerosa, demorada e inútil *via crucis*, a fim de atingir objetivo que poderia ter sido de logo cumprido, qual seja, a análise da questão de fundo pelo Tribunal Superior.

[9] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória.** São Paulo: RT, 2001. p. 225 (nota 63).

[10] Ressalte-se que o mérito dos embargos declaratórios prequestionadores consiste justamente em julgar se há ou não omissão a ser suprida.

[11] OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de, op. cit. p. 254.

De fato, não há sentido em remeterem-se os autos de volta à Corte de origem, para que esta profira um novo julgamento cuja finalidade é, de antemão, sabida: aclarar a omissão, prequestionando a matéria federal, de modo a abrir à parte a via do recurso especial. Ora, qual o sentido de percorrer-se todo esse *iter* quando já se sabe com antecedência o resultado que será gerado?

Realmente, o novo julgamento do Tribunal inferior será, invariavelmente, no sentido de informar que os dispositivos que se querem prequestionar não devem ser aplicados à lide. Assim, haverá um retorno à estaca zero, com o início de novo recurso especial, no intuito de julgar a questão de fundo (que por um período ficará totalmente obnubilada), quando tudo já poderia ter sido resolvido antes, com maior celeridade e economicidade e dando maior ênfase à efetividade processual do que ao formalismo.

## 2.7 Da aplicação do princípio da fungibilidade recursal à matéria

Em casos de divergência jurisprudencial como essa, objeto deste artigo, deve ser adotado o princípio da fungibilidade recursal, que determina seja aceita a interpretação que possibilite o conhecimento e julgamento de mérito do recurso. Nesse sentido, confira-se o brilhante posicionamento de Teresa Arruda Alvim Wambier[12]:

> *Parece operativo que, não havendo consenso, como já se observou de passagem anteriormente, aceitem-se as concepções possíveis a respeito do "prequestionamento", possibilitando-se sejam julgados no mérito recursos em que houve prequestionamento, mesmo segundo concepção diferente daquela que tem a Turma que deve julgá-lo. (...).* ***Tal princípio, em absoluta consonância com o processo civil moderno, parte da premissa de que a parte não pode ser prejudicada pela ausência de unanimidade (=dúvida objetiva) existente nos tribunais e/ou na doutrina****, relativamente aos MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES ou AOS MEIOS DE SE PLEITEAR ALGO PERANTE O JUDICIÁRIO. Em casos de zona cinzenta, zonas de penumbra, não pode ser a parte jungida a adivinhar qual o meio que o tribunal consideraria idôneo para pleitear algo ou para impugnar decisão.* ***O mesmo deve necessária e imperiosamente dizer-se quanto às "formas" de prequestionar-se. Não pode a parte sujeitar-se à sorte (ou ao azar) para ver seu recurso admitido.*** (grifou-se).

[12] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, op. cit. p. 226.





Destarte, diante do inegável fato de que a posição mais favorável ao julgamento de mérito do recurso é a espelhada na Súmula 356 do STF, a mesma deve ser, por mais esse motivo, adotada (até porque, em termos de controvérsia, o entendimento que prevalece, acaso esgotados todos os recursos, é o da Corte Suprema).

## 3 CONCLUSÃO

Ante a argumentação acima expendida, conclui-se que a posição mais consentânea com a realização dos princípios da instrumentalidade, celeridade e economicidade do processo é a perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal, na interpretação que o Plenário imprimiu à Súmula 356.

Sobre a necessidade de um enfoque mais enfático na instrumentalidade do processo, transcreve-se a augusta lição de Cândido Dinamarco[13], *in verbis*:

[13] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 309/310.

> *Não basta afirmar o caráter instrumental do processo sem praticá-lo, ou seja, sem extrair desse princípio fundamental e da sua afirmação os desdobramentos teóricos e práticos convenientes.* ***Pretende-se que em torno do princípio da instrumentalidade do processo se estabeleça um novo método do pensamento do processualista e do profissional do foro.*** *(...).* ***O que importa acima de tudo, como ficou dito, é colocar o processo no seu devido lugar, evitando os males do exagerado "processualismo"*** *(tal é o aspecto negativo do reconhecimento do seu caráter instrumental) – e ao mesmo tempo cuidar de predispor o processo e o seu uso de modo tal que os objetivos sejam convenientemente conciliados e realizados tanto quanto possível (v. concl. n. 45).* ***O processo há de ser, nesse contexto, instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa.***
>
> (...).
>
> ***O processualista contemporâneo e atualizado vai deixando as posturas puramente técnicas e dogmáticas,*** *que desempenharam seu relevantíssimo papel a partir da fundação da ciência do processo na segunda metade do século passado e durante a primeira deste. Tal foi a fase da autonomia do direito processual, que superou os males do sincretismo multissecular, mas que agora já cumpriu seu ciclo de vida. Não se trata de renegar as finas conquistas teóricas desse período que durou cerca de um século, mas de canalizá-las a um pensamento crítico e inconformista, capaz de transformar os rumos da aplicação desse instrumento.* ***Propõe-se, em outras palavras, a duplicidade de perspectivas, para encarar o sistema processual a partir de ângulos externos (seus escopos), sem prejuízo da introspecção do sistema.***





Ainda sobre esse tópico, pede-se licença para trazer-se à baila o ensinamento de Cássio Scarpinella Bueno[14]:

> *Mais do que nunca* ***a discussão sobre o tema é fundamental, assim como a uniformização de entendimentos a respeito, sob pena de total ineficácia do sistema recursal****, tal qual delineado na Constituição Federal.* ***Até porque uma das missões institucionais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reside, precisamente, na inteireza do ordenamento jurídico.*** *Destarte,* ***a questão já não pode ser mais vista ou examinada como se fosse de cunho e de importância exclusivamente acadêmicos. Seu cunho e aplicabilidade práticos são indesmentíveis.*** (grifou-se).

Em suma, espera-se ter contribuído para o estudo de tema tão relevante e controverso no cotidiano dos Tribunais Superiores, sendo da maior importância, como dito anteriormente, a unificação dos pensamentos do Excelso Pretório e do Superior Tribunal de Justiça, com vistas a racionalizar a interposição dos recursos extraordinário e especial no ordenamento jurídico pátrio.

## 4 REFERÊNCIAS

### a) Livros

ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. **Admissibilidade do recurso especial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

[14] BUENO, Cássio Scarpinella. Prequestionamento – reflexões sobre a súmula 211 do STJ. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda (coord), NERY JÚNIOR, Nelson (coord.) e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos.** São Paulo: RT, 2000. p. 78.

*Não basta afirmar o caráter instrumental do processo sem praticá-lo, ou seja, sem extrair desse princípio fundamental e da sua afirmação os desdobramentos teóricos e práticos convenientes.* ***Pretende-se que em torno do princípio da instrumentalidade do processo se estabeleça um novo método do pensamento do processualista e do profissional do foro.*** *(...).* ***O que importa acima de tudo, como ficou dito, é colocar o processo no seu devido lugar, evitando os males do exagerado "processualismo"*** *(tal é o aspecto negativo do reconhecimento do seu caráter instrumental) – e ao mesmo tempo cuidar de predispor o processo e o seu uso de modo tal que os objetivos sejam convenientemente conciliados e realizados tanto quanto possível (v. concl. n. 45).* ***O processo há de ser, nesse contexto, instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa.***

(...).

***O processualista contemporâneo e atualizado vai deixando as posturas puramente técnicas e dogmáticas,*** *que desempenharam seu relevantíssimo papel a partir da fundação da ciência do processo na segunda metade do século passado e durante a primeira deste. Tal foi a fase da autonomia do direito processual, que superou os males do sincretismo multissecular, mas que agora já cumpriu seu ciclo de vida. Não se trata de renegar as finas conquistas teóricas desse período que durou cerca de um século, mas de canalizá-las a um pensamento crítico e inconformista, capaz de transformar os rumos da aplicação desse instrumento.* ***Propõe-se, em outras palavras, a duplicidade de perspectivas, para encarar o sistema processual a partir de ângulos externos (seus escopos), sem prejuízo da introspecção do sistema.***





Ainda sobre esse tópico, pede-se licença para trazer-se à baila o ensinamento de Cássio Scarpinella Bueno[14]:

> *Mais do que nunca* ***a discussão sobre o tema é fundamental, assim como a uniformização de entendimentos a respeito, sob pena de total ineficácia do sistema recursal,*** *tal qual delineado na Constituição Federal.* ***Até porque uma das missões institucionais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reside, precisamente, na inteireza do ordenamento jurídico.*** *Destarte,* ***a questão já não pode ser mais vista ou examinada como se fosse de cunho e de importância exclusivamente acadêmicos. Seu cunho e aplicabilidade práticos são indesmentíveis.*** (grifou-se).

Em suma, espera-se ter contribuído para o estudo de tema tão relevante e controverso no cotidiano dos Tribunais Superiores, sendo da maior importância, como dito anteriormente, a unificação dos pensamentos do Excelso Pretório e do Superior Tribunal de Justiça, com vistas a racionalizar a interposição dos recursos extraordinário e especial no ordenamento jurídico pátrio.

## 4 REFERÊNCIAS

### a) Livros

ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. **Admissibilidade do recurso especial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

[14] BUENO, Cássio Scarpinella. Prequestionamento – reflexões sobre a súmula 211 do STJ. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda (coord), NERY JÚNIOR, Nelson (coord.) e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos.** São Paulo: RT, 2000. p. 78.

BOMFIM, Edson Rocha. **Recurso especial: prequestionamento, interpretação razoável, valoração jurídica da prova**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. Série Recursos no processo civil, v. 3

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial.** 2. ed. São Paulo: RT, 1999. Série Recursos no processo civil, v. 6

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Novo processo civil brasileiro**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NEGRÃO, Perseu Gentil. **Recurso especial:** doutrina, jurisprudência, prática e legislação. São Paulo: Saraiva, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos.** 5. ed. São Paulo: RT, 2000. Série Recursos no processo civil, v. 1

PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. **Prática dos recursos especial e extraordinário**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.





TUCCI, José Rogério Cruz e. **Questões práticas de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**. São Paulo: RT, 2001.

**b) Coletâneas de estudos jurídicos**

ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda (coord), NERY JÚNIOR, Nelson (coord.) e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos** (vários colaboradores). São Paulo: RT, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson (coord.) e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98** (vários colaboradores). São Paulo: RT, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson (coord.) e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2001. Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 4 (vários colaboradores).

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário** (vários colaboradores). São Paulo: RT, 1997.

**Revistas**

CARNEIRO, Athos Gusmão. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. **Forense**, v. 347, p. 29-49, jul/set. 1999.

CARRAZA, Roque Antônio. Do recurso extraordinário e do recurso especial. **Justitia,**. São Paulo, n.167, a. 56, p. 51-57, jul/set. 1994.

CASTRO, Honildo Amaral de Mello. *Admissibilidade do recurso especial.* **Forense,** v. 329, p. 77-85, jan/mar. 1995.

CORREIA, André de Luizi. O prequestionamento viabilizador da instância excepcional. **Revista de Processo**, n.96, p. 280-289, 1999.

LACERDA, Galeno. *Prequestionamento.* **Forense**, v. 346, p. 199-210, abr/jun. 1999.

LEÃO, Antônio Carlos Amaral. O prequestionamento para a admissibilidade do recurso especial. **RT**. São Paulo, n. 650, p. 236-239, dez. 1989.

LIMA, Alcides de Mendonça. Prequestionamento. **RT**, São Paulo, n. 692, p. 197-198, jun. 1993.



# A IDENTIFICAÇÃO DA VÍTIMA DE ESTUPRO NOS ATOS PROCESSUAIS E O DIREITO À INTIMIDADE*

*João Carlos Gonçalves Cavalcanti*
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, Pós-graduado em Direito Constitucional, Administrativo e Tributário pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - Esmape/Faculdade Maurício de Nassau, Analista Judiciário e Instrutor Interno do Poder Judiciário do Estado de Pernambuco, Professor de Didática do Ensino Superior – Esmape.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 3 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. 4 A INTIMIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL INDIVIDUAL. 4.1 Breve histórico do direito fundamental. 4.2 – Distinção entre vida privada e intimidade. 5 A PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS E O DIREITO À PUBLICIDADE. 6 CONCLUSÃO: O SEGREDO DE JUSTIÇA COMO INSTRUMENTO DE PRESERVAÇÃO DA INTIMIDADE DA VÍTIMA DE ESTUPRO NOS ATOS PROCESSUAIS. 7 REFERÊNCIAS.

* Monografia aprovada pelo Programa de Pós-Graduação *lato sensu* da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – Esmape - em convênio com a Faculdade Maurício de Nassau, a qual conferiu o título de Especialista em Direito Público ao autor. Texto original reduzido para atender às normas de publicação da Revista.

## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho que ora se inicia versa sobre a concretização do direito à intimidade, à medida que se preserve a identidade da vítima de estupro ao ser promovida a persecução penal. Esse direito fundamental tem respaldo na dignidade da pessoa humana, princípio com status constitucional que norteia a positivação não só do citado direito bem como do rol de direitos humanos fundamentais contidos na Lei Máxima brasileira.

Alertar os aplicadores do direito para a implementação de procedimentos que respeitem o direito à intimidade da vítima de estupro, a partir da preservação de sua identidade nos atos processuais que apuram citado crime contra a liberdade sexual, é o objetivo deste trabalho, tomando-se por base as previsões constitucionais existentes.

A importância do tema em questão reside no fato de que com a informatização dos órgãos do Poder Judiciário, facilitando o acesso aos dados processuais, por meio da rede mundial de informações – Internet –, há uma maior exposição na mídia da vítima de estupro, inclusive com o registro, no conteúdo das decisões e dos julgamentos, de detalhes sórdidos na execução do crime citado, que podem provocar constrangimentos e preconceitos, caso cheguem tais informações à esfera de conhecimento daqueles que fazem parte do universo de convivência social da ofendida.

Inicialmente, trata-se do princípio da dignidade da pessoa humana, seguindo-se da síntese da evolução histórica dos direitos humanos fundamentais.

A intimidade como direito fundamental está explanada por meio de dois tópicos: o primeiro cuida do histórico desse





direito, o segundo traz a diferenciação entre vida privada e intimidade sob a ótica doutrinária.

O princípio da publicidade, assunto do item seguinte, de imprescindível aplicação para a regular tramitação processual, tem tratamento pormenorizado, uma vez que a tese defendida pelo subscritor deste trabalho afeta diretamente a obediência desse princípio nos procedimentos e atos processuais da ação a ser proposta pela vítima de estupro.

Propõe-se, por fim, ser possível promover a preservação da identidade da ofendida, maior de dezoito (18) anos, do crime de estupro nos atos processuais, com base em normas constitucionais de eficácia plena. Na medida em que providência como essa é tomada, vê-se a concretização do direito à intimidade, ressaltando-se a dignidade da pessoa humana, num Estado que se denomina Democrático de Direito.

BIBLIOTECA DA ESMAPE

## 2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana reflete o respeito e a valorização do ser humano por seus semelhantes, bem como pela comunidade na qual está inserido. E ainda, norteia a ação estatal nas relações jurídicas estabelecidas com os seus cidadãos.

Essa preocupação com a pessoa humana se acentua e passa a ocupar o centro das atenções na elaboração dos ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos. Toma-se consciência de que a razão da existência de um grupo organizado de seres humanos está na figura daqueles que integram dito conjunto, considerando a pessoa humana tanto sob a ótica individual, quanto como ser social.

E para atender as necessidades da pessoa humana em sua integralidade, os legisladores constituintes brasileiros elevaram a dignidade da pessoa humana a princípio constitucional.

O princípio explícito da dignidade da pessoa humana surge pela primeira vez na história constitucionalista brasileira na atual Constituição. Mas foi a Constituição de Weimar (Constituição Alemã de 1919) quem primeiro positivou o citado princípio.

Vale ressaltar que a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é fato recente, ressalvada uma ou outra exceção como a *supra citada*, pois foi a partir da Segunda Guerra Mundial que esse valor fundamental passou a ser reconhecido expressamente nas constituições. Isso possivelmente, impulsionado pela Declaração Universal da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948, que consagrou mencionado princípio.

No caso da Constituição Brasileira em vigor, o reconhecimento deste princípio foi concretizado por meio do art. 1º, III, constante do Título I – Dos Princípios Fundamentais.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas como seres humanos. (MORAES, 2002, p. 60).





Ainda na lição de Castanheira Neves, referido por Edilsom Farias:

> A dignidade pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional da sua dignidade. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. Assim, se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse valor, seu valor e dignidade pessoal e benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe. Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe. (FARIAS, 2000, p.60-61).

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana visa proteger várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual. Concretamente, pode-se exemplificar a exigência humana da identidade pessoal, da saúde, da intimidade, da privacidade, da honra, da integridade física dentre outros.

> O princípio da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: ele constitui a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Este princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Dessarte, o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados pelo Título II da Constituição Federal em vigor traduz uma especificação e densificação do princípio da dignidade da

> pessoa humana (art. 1º, III). Em suma, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização deste último princípio, quer se ***trate dos direitos*** e deveres individuais e coletivos (art. 5º), dos direitos sociais (arts. 6º a 11) ou dos direitos políticos (arts. 14 a 17) (FARIAS, 2000, p. 66).

Entretanto, esse princípio não é absoluto no sentido de que deva prevalecer incondicionalmente sobre os demais princípios em qualquer situação. Há situações fáticas em que se vê afastado o princípio da dignidade humana com o fito de proteger outros bens jurídicos e até o próprio Estado. Pode-se observar tal previsão no art. 5º, XLVII, "a", da Constituição Federal de 1988, em que se admite a pena de morte em tempo de guerra.

## 3 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos fundamentais têm origem remota na história da humanidade. Registram os autores constitucionalistas seu nascedouro no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a. C.

Averbam, ainda, que o Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez represente o primeiro documento codificado a instituir um rol de direitos comuns a todos os homens.

Não se podem omitir as influências filosófico-religiosas fornecidas pelas idéias de Buda, ao proclamar a igualdade de todos os homens (500 a.C.), bem como a concepção trazida pelo Cristianismo.





A contribuição da civilização grega, com os vários estudos sobre a necessidade de igualdade e liberdade do homem, também merece anotação. Acrescente-se o direito romano que estabeleceu um complexo mecanismo de interditos, objetivando proteger os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais.

Mas foi na Inglaterra que surgiram os mais importantes antecedentes históricos das declarações de direitos humanos fundamentais, onde se pode listar a Magna Charta Libertatum, outorgada por João Sem-Terra, em 15 de junho de 1215; a Petition of Right, de 1628; o Habeas Corpus Act, de 1679; o Bill of Rights, de 1689 e o Act of Seattlemente, de 1701.

A Revolução dos Estados Unidos da América produziu importantes documentos que muito contribuíram com a evolução dos direitos humanos, a saber: Declaração de Direitos de Virgínia, de 16-06-1776; Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04-07-1776; Constituição dos Estados Unidos da América, de 17-09-1787.

Segundo asseveram os autores constitucionalistas, coube à França a consagração normativa dos direitos humanos fundamentais ao proclamar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão pela Assembléia Nacional de 26-08-1789.

Desse momento em diante, há o registro de vários Estados que fizeram constar em suas constituições normas de proteção aos direitos humanos fundamentais: a Constituição espanhola de 19-03-1812 (Constituição de Cádis), a Constituição portuguesa de 23-09-1822, a Constituição belga de 07-02-1831 e a Declaração francesa de 1848.

No início do século XX, outros diplomas constitucionais são marcados pelas preocupações sociais: Constituição

> pessoa humana (art. 1º, III). Em suma, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização deste último princípio, quer se ***trate dos direitos*** e deveres individuais e coletivos (art. 5º), dos direitos sociais (arts. 6º a 11) ou dos direitos políticos (arts. 14 a 17) (FARIAS, 2000, p. 66).

Entretanto, esse princípio não é absoluto no sentido de que deva prevalecer incondicionalmente sobre os demais princípios em qualquer situação. Há situações fáticas em que se vê afastado o princípio da dignidade humana com o fito de proteger outros bens jurídicos e até o próprio Estado. Pode-se observar tal previsão no art. 5º, XLVII, "a", da Constituição Federal de 1988, em que se admite a pena de morte em tempo de guerra.

## 3 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos fundamentais têm origem remota na história da humanidade. Registram os autores constitucionalistas seu nascedouro no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a. C.

Averbam, ainda, que o Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez represente o primeiro documento codificado a instituir um rol de direitos comuns a todos os homens.

Não se podem omitir as influências filosófico-religiosas fornecidas pelas idéias de Buda, ao proclamar a igualdade de todos os homens (500 a.C.), bem como a concepção trazida pelo Cristianismo.





A contribuição da civilização grega, com os vários estudos sobre a necessidade de igualdade e liberdade do homem, também merece anotação. Acrescente-se o direito romano que estabeleceu um complexo mecanismo de interditos, objetivando proteger os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais.

Mas foi na Inglaterra que surgiram os mais importantes antecedentes históricos das declarações de direitos humanos fundamentais, onde se pode listar a Magna Charta Libertatum, outorgada por João Sem-Terra, em 15 de junho de 1215; a Petition of Right, de 1628; o Habeas Corpus Act, de 1679; o Bill of Rights, de 1689 e o Act of Seattlemente, de 1701.

A Revolução dos Estados Unidos da América produziu importantes documentos que muito contribuíram com a evolução dos direitos humanos, a saber: Declaração de Direitos de Virgínia, de 16-06-1776; Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04-07-1776; Constituição dos Estados Unidos da América, de 17-09-1787.

Segundo asseveram os autores constitucionalistas, coube à França a consagração normativa dos direitos humanos fundamentais ao proclamar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão pela Assembléia Nacional de 26-08-1789.

Desse momento em diante, há o registro de vários Estados que fizeram constar em suas constituições normas de proteção aos direitos humanos fundamentais: a Constituição espanhola de 19-03-1812 (Constituição de Cádis), a Constituição portuguesa de 23-09-1822, a Constituição belga de 07-02-1831 e a Declaração francesa de 1848.

No início do século XX, outros diplomas constitucionais são marcados pelas preocupações sociais: Constituição

mexicana, de 31-01-1917; Constituição de Weimar, de 11-08-1919; Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 17-01-1918; a primeira Constituição soviética, de 10-07-1918 e a Carta do Trabalho, editada pelo Estado Fascista italiano, em 21-04-1927.

No Brasil, a evolução histórica dos direitos humanos fundamentais em sede constitucional teve seu marco inicial na Constituição Política do Império do Brasil, datada de 25-03-1824, a qual prescrevia um extenso rol em seu art. 179, integrante do Título VIII – Das disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros.

A Constituição Republicana de 24-02-1891 repetiu citados direitos em seu Título III – Seção II – Declaração de Direitos. O mesmo ocorreu na Constituição de 1934 e na de 1937.

A Constituição de 1946 dedicou um capítulo específico para os direitos e garantias individuais (Título IV, Capítulo II); estabeleceu em seu art. 157 diversos direitos sociais relativos aos trabalhadores e empregados, e previu títulos especiais para proteção à família, educação e cultura (Título VI).

A Constituição de 1967 de igual modo previa, no artigo 158, direitos sociais aos trabalhadores e um capítulo de direitos e garantias individuais.

A atual Constituição Brasileira trata dos direitos fundamentais em seu Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

Numa análise sintética das diversas constituições, acerca dos direitos humanos fundamentais, infere-se que as mesmas





objetivam conferir à pessoa humana o respeito a sua dignidade, que lhe é inerente, consubstanciado em normas de proteção e de limitação à atuação estatal, sem, contudo, tornar tais direitos absolutos, na medida em que a pessoa humana em sua dimensão integral não pode violar direitos outros que protegem a coletividade.

Nesse diapasão, toda pessoa tem direito à liberdade, porém essa poderá ser suprimida se atentar contra a vida de seu semelhante, ou até ceifá-la. Da mesma forma, todos têm direito à informação dos acontecimentos que circundam a sua existência, entretanto, os conflitos individuais que afetam a intimidade de cada um só a este interessam, proibindo-se a sua divulgação se a pessoa procura a tutela estatal para solucionar ditos conflitos.

A interação entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta com tal intensidade que há autores que a consideram indissociável. Nesse contexto, assevera Jorge Miranda que "O princípio da dignidade da pessoa humana constitui fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base neste devem ser interpretados". (2000, p. 181).

## 4 A INTIMIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL INDIVIDUAL

### 4.1 Breve histórico do direito à intimidade

Quando se faz uma retrospectiva da vida em sociedade, observa-se que a existência de uma intimidade e de uma vida privada é um fato recente. Nos primórdios da história da hu-

manidade, os agrupamentos humanos, por fatores intrínsecos à sobrevivência e ao estágio de desenvolvimento intelectual, não estabeleceram condições apropriadas à formação de uma convivência que pautasse o que se conhece hoje por vida privada, sequer por intimidade.

Nesse diapasão, constrói Pedro Frederico Caldas o seguinte texto:

> Vida tão primitiva, onde a interdependência era de estreitos balizamentos, não era ambiente propício a que os seus membros reivindicassem uma vida privada, com uma esfera de intimidade próxima dos padrões hoje exigidos. Dentro dessa perspectiva histórica, podemos dizer que a existência de uma vida íntima, com fronteiras dilargadas, dotada de postos avançados para impedir a invasão, subrepticia ou não, da curiosidade alheia, é fenômeno recente, embora não se possa de todo afirmar que na antigüidade remota não houvesse um círculo – pequeno que fosse – onde a intimidade se albergasse; quando nada, cerrada a tenda, a pessoa gozava de alguma privacidade. (1997, p. 40).

As fronteiras mencionadas pelo autor sob o aspecto físico e também comportamental foram primeiramente impostas por aqueles que representavam a nobreza ou as classes dominantes em uma sociedade constituída, em decorrência do poderio econômico dessas.

Analisando-se o período histórico do feudalismo, constata-se que os nobres enclausurados em suas vastas propriedades, arquitetando seus círculos de relacionamentos interpessoais e subjugando as camadas pobres da população local, podiam reivindicar uma vida privada, conseqüentemente a esfera da intimidade.





Já as pessoas destituídas de posses eram vistas como objetos, a ponto de ser lícito o senhor feudal exigir que fosse com ele a primeira relação sexual da filha de seu vassalo.

Ao se reconhecer que o homem era detentor de direitos fundamentais, depois de uma lenta difusão e aceitação dos valores e conceitos proclamados pela doutrina cristã, deu-se início à concepção dos direitos da personalidade, num primeiro momento concebidos como limitação imposta ao Estado. Posteriormente, considerando-se que o homem era titular de direitos, pelo fato de ser pessoa, não só o Estado deveria respeitá-los, mas também todos os seus semelhantes. (CALDAS, 1997, p. 41).

O deslocamento do poderio econômico e a transferência do poder político da nobreza para a burguesia que surgiu, a conquista das massas proletárias, com o advento da representação política pela via do sufrágio universal e os direitos fundamentais do homem, ditados pela Revolução Francesa, representam os fatos que contribuíram para a construção dos direitos de personalidade.

No que toca ao direito à intimidade, diversos autores, dentre eles Amaro Moraes e Silva Neto, Milton Fernandes e Pedro Frederico Caldas, anotam que o marco inicial para o surgimento deste direito foi o artigo Warren-Brandies, ensaio publicado em 1890, na *Havard Law Review*, sob o título *The Right to Privacy*, escrito pelos advogados Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandies.

Segundo registro de Pedro Frederico Caldas:

> Os autores, no longo artigo (28 páginas), estabeleceram a necessidade do reconhecimento legal do direito de estar só e que a tutela poderia ser garantida por meios de remédios contidos na commom law e na equit, além de terem

manidade, os agrupamentos humanos, por fatores intrínsecos à sobrevivência e ao estágio de desenvolvimento intelectual, não estabeleceram condições apropriadas à formação de uma convivência que pautasse o que se conhece hoje por vida privada, sequer por intimidade.

Nesse diapasão, constrói Pedro Frederico Caldas o seguinte texto:

> Vida tão primitiva, onde a interdependência era de estreitos balizamentos, não era ambiente propício a que os seus membros reivindicassem uma vida privada, com uma esfera de intimidade próxima dos padrões hoje exigidos. Dentro dessa perspectiva histórica, podemos dizer que a existência de uma vida íntima, com fronteiras dilargadas, dotada de postos avançados para impedir a invasão, subrepticia ou não, da curiosidade alheia, é fenômeno recente, embora não se possa de todo afirmar que na antigüidade remota não houvesse um círculo – pequeno que fosse – onde a intimidade se albergasse; quando nada, cerrada a tenda, a pessoa gozava de alguma privacidade. (1997, p. 40).

As fronteiras mencionadas pelo autor sob o aspecto físico e também comportamental foram primeiramente impostas por aqueles que representavam a nobreza ou as classes dominantes em uma sociedade constituída, em decorrência do poderio econômico dessas.

Analisando-se o período histórico do feudalismo, constata-se que os nobres enclausurados em suas vastas propriedades, arquitetando seus círculos de relacionamentos interpessoais e subjugando as camadas pobres da população local, podiam reivindicar uma vida privada, conseqüentemente a esfera da intimidade.





Já as pessoas destituídas de posses eram vistas como objetos, a ponto de ser lícito o senhor feudal exigir que fosse com ele a primeira relação sexual da filha de seu vassalo.

Ao se reconhecer que o homem era detentor de direitos fundamentais, depois de uma lenta difusão e aceitação dos valores e conceitos proclamados pela doutrina cristã, deu-se início à concepção dos direitos da personalidade, num primeiro momento concebidos como limitação imposta ao Estado. Posteriormente, considerando-se que o homem era titular de direitos, pelo fato de ser pessoa, não só o Estado deveria respeitá-los, mas também todos os seus semelhantes. (CALDAS, 1997, p. 41).

O deslocamento do poderio econômico e a transferência do poder político da nobreza para a burguesia que surgiu, a conquista das massas proletárias, com o advento da representação política pela via do sufrágio universal e os direitos fundamentais do homem, ditados pela Revolução Francesa, representam os fatos que contribuíram para a construção dos direitos de personalidade.

No que toca ao direito à intimidade, diversos autores, dentre eles Amaro Moraes e Silva Neto, Milton Fernandes e Pedro Frederico Caldas, anotam que o marco inicial para o surgimento deste direito foi o artigo Warren-Brandies, ensaio publicado em 1890, na *Havard Law Review*, sob o título *The Right to Privacy*, escrito pelos advogados Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandies.

Segundo registro de Pedro Frederico Caldas:

> Os autores, no longo artigo (28 páginas), estabeleceram a necessidade do reconhecimento legal do direito de estar só e que a tutela poderia ser garantida por meios de remédios contidos na commom law e na equit, além de terem

> estabelecido seis enunciados conformadores desse direito, seguindo-se a cada um dos enunciados comentário pertinente, numa tentativa de sistematização do direito. Cerca de um ano após a publicação do ensaio, já uma corte de Nova York o tomava como fundamento de decisão. (1997, p. 42).

Analisando o mesmo artigo, Amaro Moraes e Silva Neto anota que:

> Neste ensaio, depois de questionarem que o direito, a cada dia, propicia mais valor à vida e à propriedade do indivíduo, esses advogados, com inegável visão e intuição, ponderaram que, "mesmo assim, de tempos em tempos, é necessário que se redefina a exata natureza e extensão de tal proteção. Mudanças políticas, sociais e econômicas impõem o reconhecimento de novos direitos e a *common law*, em sua eterna juventude, amadurece para atender às novas exigências da sociedade". (2001, p. 19).

Entretanto, segundo o mesmo autor, foi o juiz norte-americano Thomas McIntyre Cooley, presidente da Suprema Corte de Michigan, no período de 1887 a 1891, quem primeiro esculpiu, em 1888, **a expressão o direito de ser deixado só**, no sentido de imunidade a ameaças que não sejam meramente relacionadas a ofensas físicas. (2001, p. 18).

No Brasil, a questão da intimidade foi tratada, pela primeira vez, por Paulo José da Costa Júnior que publicou o livro "O direito de estar só: tutela penal da intimidade", em 1970. O autor define que a intimidade "é o direito de estar só. É o direito do indivíduo, querendo, de ser deixado em paz, sem o importúnio da curiosidade ou da indiscrição". (1997, p. 12).





A Declaração Universal dos Direitos Humanos não deixou de cuidar desse assunto, vez que o seu artigo 12 assim prescreve: "Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques às suas honra e reputação. Contra tais intromissões, ou ataques, toda pessoa tem direito à proteção da lei".

Cumpre anotar que os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem foram primeiramente elencados como direitos subjetivos da personalidade, cuja eficácia tinha prevalência no âmbito privado. Só posteriormente esses direitos receberam status constitucional.

Antes da Constituição Republicana de 1988, apenas o direito à honra era tutelado tanto no âmbito penal como pela Lei de Imprensa (Lei nº. 5250/67). Já os outros direitos inscritos no inciso X, do art. 5º, quais sejam, os direitos à intimidade, à vida privada e à imagem das pessoas só passaram a ser protegidos com a atual Constituição, apesar de este último ser reconhecido nos tribunais (FARIAS, 2000, p. 128).

Os direitos fundamentais presentes na Constituição Republicana se constituem de direitos individuais, coletivos, sociais e políticos, os quais são indispensáveis ao pleno desenvolvimento do homem e do cidadão, especialmente frente ao Estado, que deve respeitá-los, assegurá-los e protegê-los. (NUCCI, 2005, p. 66).

Considerando as espécies de direitos fundamentais, o direito à intimidade representa um dos direitos individuais alçado à norma constitucional, que tem como objetivo proteger fatos e dados pessoais cujo titular deseja vê-los fora da esfera de conhecimento dos seus semelhantes, tendo ou não relações pessoais com eles.

## 4.2 Distinção entre vida privada e intimidade

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, X, tutela separadamente a intimidade e a vida privada, bem como a honra e a imagem das pessoas.

Da distinção havida pela norma constitucional surge a necessidade de delimitar os conceitos de intimidade e de vida privada para melhor contextualizar a discussão do tema em estudo.

Inicialmente há os autores que empregam a expressão vida privada em sentido amplo e em sentido restrito. Na primeira acepção, equivale ao termo intimidade, isto é, no sentido amplo de realizar a proteção daquela parte da personalidade que se deseje ver preservada do conhecimento do público. Já no sentido restrito, vida privada corresponde a apenas uma das esferas da intimidade. (FARIAS, 2000, p. 145).

Fernando Herrero-Tejedor coleciona a contribuição da doutrina alemã, a qual afirma assentar em três esferas o conteúdo do direito à intimidade:

> a) Privatsphäre (esfera da vida privada) – a mais ampla das esferas, abarcando todas as matérias relacionadas com as notícias e expressões que a pessoa deseja excluir do conhecimento de terceiros; b) Vertrauensphäre (esfera *confidencial) – incluindo aquilo que o indivíduo leva ao conhecimento de outra pessoa de sua confiança, ficando excluídos o público em geral e as pessoas pertencentes ao ciclo da vida privada e família; c)* Geheiemsphäre *(esfera de segredo) – compreendendo os assuntos que não devem chegar ao conhecimento dos outros devido à natureza extremamente reservada dos mesmos. (1990, p. 80-81).*





Utilizando-se, ainda, dos ensinamentos da doutrina alemã, mas estabelecendo paralelos com o direito italiano e o norte-americano, Gilberto Haddad Jabur apresenta a seguinte análise:

> *Na coerente divisão dos juristas alemães, três são os círculos concêntricos que abrangem o resguardo do ser humano. O primeiro, de maior latitude, representa a esfera privada,* Privatsphäre *ou a* sphere of privacy *dos norte-americanos, correspondente, na Itália, ao* diritto alla riservatezza *ou* diritto alla privatezza *e ao* diritto al rispetto della vita privata. *Excluem-se do conhecimento de terceiros aspectos específicos da pessoa. O segundo, a* Intimsphäre, *constituir-se-ia pelos valores atinentes ao âmbito determinado da intimidade ou esfera confidencial, cujo acesso passa a ser mais restrito, somente permitido àqueles indivíduos com quem a relação pessoal se desenvolve de forma mais intensa, mas não absoluta. A intimidade envolve conceito mais restrito do que a vida privada. É mais intensa, daí sua natureza essencialmente espiritual, ao passo que a primeira, dotada de maior amplitude, estender-se-ia a outras manifestações menos profundas, espiritualmente. Já o mais fechado dos círculos,* Geheimsphäre, *abrange a reserva, o sigilo, as mais profundas manifestações espirituais da pessoa, caracterizadoras da vida íntima,* stricto sensu. *É a esfera do segredo, que também encontra proteção específica. É para os norte-americanos a* sphere of secrecy, *ou* segretezza *para os italianos.*

Entre os doutrinadores brasileiros que entendem a intimidade como uma fração da vida privada, ou ainda, a intimidade com um âmbito mais exclusivo da vida privada, são destaques Darcy Arruda Miranda e Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

O segundo autor oferece como exemplos de manifestações da intimidade: "o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange". Já a vida privada englobaria "as situações de opção pessoal (como a escolha de regime de bens de casamento) que podem requerer a comunicação a terceiros em certas ocasiões, por exemplo, na aquisição de um bem imóvel". (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 442-443).

Nessa linha de raciocínio, Manoel Gonçalves Ferreira Filho advoga que:

> a intimidade e a vida privada são conceitos constitucionais que apresentam elevada interligação, cuja diferenciação se opera por meio da menor amplitude do primeiro que se encontra no âmbito da incidência do segundo. Desta forma, o conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo dentre outras. (FERREIRA FILHO, 1997, p.35).

Apesar da dificuldade da doutrina efetuar a distinção entre os dois termos, é possível reconhecer um elemento comum em quase todas as propostas de definição, que é a exclusão do conhecimento alheio em relação àquilo que só diz respeito ou interessa à própria pessoa, principalmente no que tange à sua forma de ser. (CALDAS, 1997, p. 43).

Nessa linha de raciocínio, vale transcrever o conceito de intimidade subscrito por René Ariel Dotti: "a esfera secreta da vida do indivíduo no qual este tem o poder legal de evitar os demais". (1980, p. 69).





Portanto, o termo intimidade será empregado neste trabalho dentro das concepções expostas pela doutrina alemã, acima transcritas, adotadas em nosso país por Manoel Gonçalves Ferreira Filho dentre tantos outros juristas.

## 5 A PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS E O DIREITO À INTIMIDADE

O princípio da publicidade, segundo o qual os atos processuais são públicos, tem posição de destaque no direito processual penal como no direito processual civil. Tal é sua importância que a própria Constituição Republicana o prevê, notadamente em duas normas: no art. 5º, inciso LX - "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem", e no art. 93, inciso IX:

ESMAPE - BIBLIOTECA
Tomb.FA 20080024
Local P-01
Ch. 00001912 E

> todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Esta última alterada pela Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004.

Da leitura acima, observa-se que o princípio da publicidade não está revestido de caráter absoluto, vez que em determinados casos poderá haver a sua restrição.

Diante dessa constatação, a doutrina tem sustentado a divisão entre publicidade geral e publicidade específica. A primeira é o acesso aos atos processuais e aos autos do processo a qualquer pessoa. No caso da publicidade específica, o acesso é restrito aos atos processuais e autos do processo às partes envolvidas, entendendo-se o representante do Ministério Público (se houver, o advogado do assistente de acusação) e o defensor. Logo, o que se pode restringir é a publicidade geral, jamais a específica. (NUCCI, 2006, p. 80).

Em nível infraconstitucional, o art. 792 do Código de Processo Penal reza que as audiências, sessões e os atos processuais, em regra, são públicos. Essa regra poderá ser excepcionada quando, da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem. Nesses casos o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

De outro turno, recorrendo-se subsidiariamente ao Código de Processo Civil ainda quanto ao tema citado, o art. 155 também assinala que os atos processuais são públicos, mas estabelece o segredo de justiça na tramitação dos processos: "I – em que o exigir o interesse público: II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores".

Outros diplomas legais disciplinam as hipóteses de restrição ao princípio constitucional da publicidade dos atos processuais, tais como: Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº. 8069/90, com as alterações da Lei nº. 10.764/2003; Lei do Divórcio – Lei nº. 6515/77; Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Lei Complementar nº. 35/79.





Entretanto, não há no ordenamento pátrio uma norma infraconstitucional que assegure a preservação da identidade da vítima de estupro na divulgação dos atos processuais, ou de outro crime que atente contra a liberdade sexual.

Importante reforçar que a publicidade dos atos processuais é a regra em nosso ordenamento jurídico; a imposição de limites, mitigando esse princípio, só é admissível nos casos previstos em lei.

Como visto nos apontamentos acima, em especial nas normas constitucionais previstas nos arts. 5º, LX e 93, IX, o princípio da publicidade poderá ser excepcionado nos casos em que possa ser violada a intimidade do interessado ou exista um interesse social exigindo o sigilo, desde que não haja prejuízo para o interesse público à informação, quando o Poder Judiciário estiver exercendo o seu papel primordial, ou seja, o julgamento das ações judiciais que lhes são propostas.

Diante de uma leitura rápida, questiona-se se há o fenômeno jurídico da colisão entre um direito fundamental e um valor constitucional.

De acordo com a interpretação de Edilsom Pereira de Farias, essa hipótese está descartada, uma vez que a colisão ocorre quando interesses individuais (tutelados por direitos fundamentais) contrapõem-se a interesse da comunidade, reconhecidos também pela Constituição, tais como: saúde pública, integridade territorial, família, patrimônio cultural, segurança pública e outros. (2000, p.118).

Diferentemente dos exemplos fornecidos acima, o que o legislador constituinte positivou no art. 5º, LX, foi a observância de um direito fundamental em detrimento de um valor constitucional, ou seja, respeitar o direito à intimidade afastando a publicidade dos atos processuais.

A escolha do legislador constituinte em enfatizar o direito à intimidade está coerente com os princípios fundamentais inscritos na Carta Magna, em seu artigo 1º, dentre eles, o da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual se restringe um princípio que serve para demonstrar a transparência da atuação dos órgãos exercentes das funções estatais, ao mesmo tempo em que possibilita a fiscalização pelos cidadãos quanto às decisões e julgamentos por eles proferidos.

Diante de um caso sub judice, defrontando-se o julgador com a observância do direito à intimidade e o à publicidade dos atos processuais, interroga-se: qual deles deve prevalecer?

Num caso concreto, o julgador deve perquirir se o direito à intimidade da parte está na iminência de sofrer violação e, sendo afirmativa a resposta, também deverá indagar se o acesso do público às informações do processo é de tal relevância que o direito fundamental individual deve sucumbir ao interesse coletivo. Por outro lado, também poderá aplicar as duas normas simultaneamente, de forma a harmonizá-las.

Na realidade, os julgadores têm buscado soluções para tais casos na doutrina estrangeira, de acordo com o relato de George Marmelstein Lima, extraído de artigo publicado na internet:

> Duas soluções foram desenvolvidas pela doutrina (estrangeira, diga-se de passagem) e vêm sendo comumente utilizadas pelos Tribunais. A primeira é a da concordância prática (Hesse); a segunda, a da dimensão de peso ou importância (Dworkin). A par dessas duas soluções, aparece, em qualquer situação, o princípio da proporcionalidade como "meta-princípio", isto é, como "princípio dos princípios", visando, da melhor forma, preservar os princípios constitucionais em jogo. O próprio HESSE entende que a concordância prática é uma projeção do princípio da proporcionalidade.





Segundo o princípio da concordância prática, idealizado por Hesse Konrad, os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso sub examine, por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos. (FARIAS, 2000, p. 98).

Já o princípio da dimensão de peso e importância, traduzido do termo inglês "dimension of weights", foi fornecido por Ronald Dworkin, através da obra Taking Rights Seriously. O autor desse segundo critério afirma que:

> os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles (...). As regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas, deve prevalecer uma em virtude de seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida. (LIMA, 2006, p. 6)

Vale discorrer algumas linhas sobre o princípio da proporcionalidade devido a sua importância na aplicação do princípio da concordância prática. A doutrina alemã é a responsável pela construção clara e densa do conteúdo daquele princípio, que o dividiu em três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Em artigo denominado "O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional", Carlos A. Pereira de Souza e Patrícia Regina

P. Sampaio sintetizam a concepção de cada um dos subprincípios:

> O primeiro traduz uma exigência de compatibilidade entre o fim pretendido pela norma e os meios por ela enunciados para sua consecução. Trata-se do exame de uma relação de causalidade e uma lei somente deve ser afastada por inidônea quando absolutamente incapaz de produzir o resultado perseguido. A necessidade diz respeito ao fato de ser a medida restritiva de direitos indispensável à preservação do próprio direito por ela restringido ou a outro em igual ou superior patamar de importância, isto é, na procura do meio menos nocivo capaz de produzir o fim propugnado pela norma em questão. Traduz-se este subprincípio em quatro vertentes: exigibilidade material (a restrição é indispensável), espacial (o âmbito de atuação deve ser limitado), temporal (a medida coativa do poder público não deve ser perpétua) e pessoal (restringir o conjunto de pessoas que deverão ter seus interesses sacrificados). Por último, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito a um sistema de valoração, na medida em que ao se garantir um direito muitas vezes é preciso restringir outro, situação juridicamente aceitável somente após um estudo teleológico, no qual se conclua que o direito juridicamente protegido por determinada norma apresenta conteúdo valorativamente superior ao restringido. O juizo de proporcionalidade permite um perfeito equilíbrio entre o fim almejado e o meio empregado, ou seja, o resultado obtido com a intervenção na esfera de direitos do particular deve ser proporcional à carga coativa da mesma. Em capitulo conclusivo será demonstrada a possibilidade de se aplicar o princípio da concordância prática para respaldar a tese deste manuscrito. (2006, p. 14-15).





## 6 CONCLUSÃO: O SEGREDO DE JUSTIÇA COMO INSTRUMENTO PARA A PRESERVAÇÃO DA IDENTIDADE DA VÍTIMA DE ESTUPRO NOS ATOS PROCESSUAIS

A proposta deste trabalho é a preservação da identidade da vítima de estupro, maior de 18 anos, nos atos processuais, como forma de resguardar o direito à intimidade. Se implementada por magistrados brasileiros, vislumbra-se como conseqüência um incentivo para que as mulheres estupradas possam oferecer queixa contra seu ofensor, minimizando os riscos de situações constrangedoras e humilhantes.

Nesse desiderato surgem os questionamentos que permeiam os processos judiciais, cuja tramitação se dá em segredo de justiça, hipótese em que se assegura o direito à intimidade.

A doutrina vê com reservas essa exceção ao princípio da publicidade, advertindo para o perigo de um processo sigiloso, no qual a sociedade não poderá fiscalizar a atuação do juiz.

Os receios dos doutrinadores remetem à Idade Média, quando a publicidade sofreu seguidas limitações até culminar com a sua abolição. Isso ocorreu por influência do direito processual canônico, em que o processo passou a ser secreto. Nesse, só o julgador, que também acusava, e o secretário é que tinham conhecimento do que se passava no processo. Não se permitia a figura do defensor, vez que alegavam ser desnecessária porque, sendo o acusado inocente, não precisava de defesa, ou não sendo, era indigno de merecê-la. Era o chamado processo inquisitivo, antítese do processo acusatório. (TOURINHO FILHO, 2006, p. 45-46).

No campo penal, a restrição ao princípio da publicidade se reveste de especial atenção. O fato do extremo cuidado está

relacionado com o bem jurídico envolvido – a liberdade. A persecução penal pode resultar na restrição da liberdade do acusado e para isso não pode haver dúvidas quanto à culpabilidade do agente infrator da norma. Razão pela qual há uma construção doutrinária baseada em princípios e garantias constitucionais que deve nortear o processo judicial, tais como os princípios da publicidade, do devido processo legal, do contraditório, dentre outros.

Ao mesmo tempo em que se devem proteger os direitos das partes envolvidas no processo penal, também não se pode excluir o interesse que a sociedade possui em obter informações no que toca à atividade estatal, no caso, do Estado-juiz. A segurança pública e a paz social são os fins almejados na punição daquele membro da sociedade que agiu contrariamente às normas legais estabelecidas.

Nesse sentido:

> O interesse estatal de realizar a persecução penal desenvolve-se em várias esferas, sendo ditado, primacialmente, pela finalidade de restabelecer a ordem social, razão pela qual o processo criminal, além de visar apurar a responsabilidade penal do autor de eventual ilícito, com a imposição da conseqüente sanção quando evidenciada a culpabilidade do agente, por outro lado, tem por escopo apresentar uma resposta à sociedade, de molde a prevenir futuras infrações penais. Ora, como o processo penal desenvolve-se em razão da presença de um interesse público violado pelo crime, pois ninguém desconhece que a prática de infrações penais transtorna a ordem pública, sendo a sociedade a principal vítima, tem-se que o conhecimento a respeito da instauração da ação penal não pode, em princípio, ficar restrito somente às partes envolvidas, mas deve alcançar a comunidade. (TRF 3ª Região, 2005, p. 503).





Por outro lado, argumenta-se que, sendo a ofendida parte legítima para intentar a ação penal privada e tendo ela deflagrado o processo, tacitamente aceitou submeter-se aos constrangimentos e humilhações previsíveis nesse tipo de persecução penal, ou seja, o strepitus judicii – o escândalo do processo, a publicidade dada ao fato em decorrência do processo. É o preço a ser pago para que o seu agressor seja punido pelo Estado.

Diante dessa assertiva, pode-se inferir que, ao propor a ação penal, a ofendida estaria renunciando ao direito à intimidade.

Essa ilação apresenta-se destituída de uma análise mais aprofundada. Não há dúvida de que a vítima de estupro terá que revelar detalhes havidos entre ela e seu algoz, pertencentes a sua esfera íntima, para fornecer subsídios ao julgador que o convença de ter ocorrido o crime em tela, objetivando punir o autor do delito. Entretanto, não é o seu desejo estender tais declarações para a sociedade, e sim, para aqueles que lidam diretamente com a causa judicial (o juiz, o seu advogado e os auxiliares da justiça da vara judicial onde tramita a ação penal).

Outra alegação que procura justificar a adoção da ação penal privada para o crime de estupro, mas que tem reflexo na proposta aqui tratada, refere-se à tenuidade da lesão à sociedade. Essa justificativa termina por dificultar o exercício de um direito, qual seja, o da liberdade sexual, além de impedir a cidadã de usufruir uma garantia que é a típica missão do Estado – prestar serviços de segurança pública, mantendo a integridade física do cidadão.

A mulher, como integrante da sociedade, tem o direito de escolher com quem deseje se relacionar sexualmente e não ser tomada à força, sem o seu consentimento.

A violência sofrida pela vítima de estupro gera traumas que vão prejudicar a atuação dessa pessoa nos diversos papéis que assume perante o grupo social do qual faz parte. Assim, o papel de mãe, de esposa, de filha, de profissional dentre tantos outros serão atingidos, uns com maior intensidade do que outros, de forma a prejudicar o seu desempenho.

Apenas um exemplo de prejuízo econômico que o crime em tela pode causar num país capitalista como o nosso: a quantidade de dias de faltas ao trabalho de uma funcionária que foi estuprada.

Se sob o prisma econômico há prejuízos, maiores são os danos emocionais, os quais repercutem nas pessoas que convivem com a vítima. Logo, como sustentar que o mencionado crime é de pouca importância para a sociedade?

Após esse intróito sobre as controvérsias em se adotar o segredo de justiça na ação penal privada que trata do crime de estupro, analisa-se a possibilidade jurídica dessa adoção.

As prescrições do art. 5º, inciso LX, aliado ao art. 93, IX, ambos da Constituição da República, representam os pilares de sustentação jurídica para a adoção do segredo de justiça nos atos processuais dos processos judiciais que apuram o crime de estupro, sem, contudo, esquecer a norma que proíbe a violação ao direito à intimidade contida no art. 5º, inciso X da Carta Magna.

Como assinalado anteriormente, deve-se averiguar se há risco de violação ao direito à intimidade na questão em estudo; para tanto, é bom reforçar o que se entende por intimidade. José Afonso da Silva destaca que a intimidade "integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo". (1993, p. 190). Dentre os exemplos de manifestação de intimidade oferecidos





por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, anotado no item 3.2 do capítulo 3, vêm-se "as situações indevassáveis de pudor pessoal", que bem correspondem à situação vivenciada pela mulher estuprada.

Seguramente, há violação ao direito à intimidade da vítima de estupro, principalmente porque se trata de uma relação sexual indesejável, que envolve de forma mais contundente o pudor pessoal.

No tocante à publicidade dos atos processuais, não existem maiores prejuízos, visto que as próprias normas constitucionais autorizam a restrição da mesma, se o direito à intimidade está em risco. Na realidade, o que está sofrendo limitação é denominada publicidade geral ou popular, vez que a publicidade específica ou para as partes nunca poderá ser abolida.

Entende este autor que o caso em tela dispensa, inclusive, o chamado princípio da concordância prática, que muitos tribunais têm utilizado para decidir contendas em que há a colisão de direitos fundamentais e valores constitucionais, com o objetivo de harmonizá-los por meio de um juízo de ponderação e, desse modo, preservar e conservar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos.

O julgador deve avaliar o direito à intimidade da vítima de estupro, e como é cristalina a violação do mesmo, determinar-se-á o segredo de justiça.

No caso em tela, o interesse público está na identificação e punição do autor do crime de estupro, garantindo a tranqüilidade e a paz social ao ver afastado do convívio dos cidadãos um infrator da norma penal.

Já a divulgação da identidade da vítima, através dos atos processuais, equivale a uma punição, no sentido de que, ao



BIBLIOTECA DA ESMAPE

cair no conhecimento público a ligação entre os fatos sórdidos do crime e a pessoa da ofendida, estaria a mesma desprotegida de possíveis preconceitos, discriminações e outros constrangimentos a serem promovidos por uma sociedade machista e conservadora.

Hodiernamente a citada divulgação tem seus efeitos acentuados, em face da facilidade com que a informação se propaga por meio da rede mundial de informação – Internet - aliada à informatização dos tribunais e órgãos singulares do Poder Judiciário, que possibilita o acompanhamento processual das ações e recursos judiciais em tramitação, inclusive com o acesso ao inteiro teor de suas decisões e julgamentos.

O que não se pode admitir é que a divulgação de atos processuais, auxiliada pelo avanço tecnológico nos meios de comunicação, possa colocar mulheres à mercê de possíveis discriminações e preconceitos por parte de alguns integrantes de uma sociedade ainda conservadora, como a brasileira, pelo fato de terem sido vítimas de marginais desejosos de satisfazer sua concupiscência desenfreada, e cujo sucesso de sua investida criminosa se deve, muitas vezes, à falta de segurança pública.

Vale ressaltar que são corriqueiros os argumentos da defesa do acusado no sentido de que não houve crime, uma vez que foi a vítima, utilizando-se de gestos, atitudes e vestimentas sensuais, quem se insinuou para o pretenso acusado, visando ter com ele relações sexuais. Nesse tipo de argumentação fica cristalina a postura conservadora e preconceituosa da sociedade, arregimentada por um profissional do direito.

Ainda quanto à divulgação dos atos processuais, é importante registrar que já existe uma mobilização no meio jurídico para conter as conseqüências danosas da propagação de dados pessoais extraídos de processos judiciais que circulam





livremente pela rede mundial de comunicação – Internet. Com esse objetivo foi realizado o seminário *"Internet y Sistema Judicial em América Latina y el Caribe", pelo Instituto de Investigación para la Justicia Argentina, Corte Suprema da Costa Rica e International Development Research* Centre do Canadá. Nesse encontro, foram analisados por especialistas e ministros de cortes superiores de justiça de vários países da América Latina os benefícios e dificuldades advindas das home-pages dos Poderes Judiciais na rede, os programas de transparência e proteção de dados pessoais. (PAIVA, 2006, p. 2).

Segundo Mário Antonio Lobato de Paiva, ao final do encontro acima referido, foram elaboradas as regras de Heredia que orientassem os tribunais da América Latina no que respeita ao tratamento dos dados, sendo destaque para a tese do trabalho que ora se apresenta a regra de nº 5, na qual está previsto:

> Regra 5. Prevalecem os direitos de privacidade e intimidade, quando tratados dados pessoais que se refiram a crianças, adolescentes (menores) ou incapazes; ou assuntos familiares; ou que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões politicas, as convicções religiosas ou filosóficas, a participação em sindicatos; assim como o tratamento dos dados relativos à saúde ou à sexualidade; ou vítimas de violência sexual ou doméstica; ou quando se trate de dados sensíveis ou de publicação restrita segundo cada legislação nacional aplicável ou tenham sido considerados na jurisprudência emanada dos órgãos encarregados da tutela jurisprudencial dos direitos fundamentais. Neste caso se considera conveniente que os dados pessoais das partes, coadjuvantes, aderentes, terceiros e testemunhas intervenientes sejam suprimidos, anonimizados ou inicializados, salvo se o interessado expressamente o solicite e seja pertinente de acordo com a legislação. (2006, p. 3).

Vem do mesmo autor o alerta para que o judiciário tome as devidas providências no sentido de resguardar os direitos fundamentais, a privacidade e a intimidade, através de programas de proteção de dados daqueles que o procuram, de forma preventiva, sob pena de ser alvejado por uma enxurrada de ações de indenização provenientes da difusão de informações judiciais discriminatórias.

A preservação da identidade da vítima de estupro nos atos processuais representa a concretização do direito à intimidade, evitando-se que, caso a ofendida deseje acusar e ver punido o seu agressor, não sejam acentuados os traumas e os constrangimentos sofridos mediante uma persecução penal que permita o acesso ao público de fatos sórdidos que permeiam esse tipo de crime.

Entende este autor que, com as previsões normativas constitucionais existentes referentes ao direito à intimidade, é possível ao aplicador da lei determinar o sigilo quanto à identidade da vítima de estupro (e até com relação aos demais crimes contra a liberdade sexual). Da mesma forma como ocorria com o menor infrator, antes da edição da Lei nº 10.764/2003 (que agora determina a inscrição da expressão "menor"), quando se utilizava apenas as iniciais do nome do mesmo em todos os atos processuais, a começar pela distribuição processual.

É de se observar que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conforme prevê o art.5º, § 1º da Lei Fundamental pátria, ou seja, são normas de eficácia plena, na tradicional classificação proposta pelo constitucionalista José Afonso da Silva, ao tratar da aplicabilidade das normas constitucionais. (SILVA, 1982, pp. 89-91).





Dessa forma, repete-se, seriam minimizadas as conseqüências nefastas decorrentes da persecução penal promovida pela vítima de estupro, sendo efetivamente respeitada a sua dignidade como pessoa individualmente considerada bem como integrante de uma coletividade.

## 7 REFERÊNCIAS

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só:** tutela penal da intimidade. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Agressões à intimidade:** o episódio Lady Di. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERNANDES, Milton. **A proteção civil da intimidade**. São Paulo: Saraiva, 1977.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados**: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, v. 88, p. 439-458, 1993.

HERRERO-TEJEDOR, Fernando. **Honor, intimidad y propria imagem**. Madrid: Colex, 1990.

LIMA, George Marmelstein. **A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2625 >. Acesso em: 01 out. 2006.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à lei de imprensa**. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991. v. I e II

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. 4.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral – comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil – doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo:Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.





PAIVA, Mário Antonio Lobato. **Responsabilidade civil do Estado – portadores de HIV - AIDS.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5437>. Acesso em: 01 out. 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1982.

_____. **Direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA NETO, Amaro Moraes e. **Privacidade na internet:** um enfoque jurídico. São Paulo: Edipro, 2001.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade:** uma abordagem constitucional. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/textos/cafpatrz.doc>. Acesso em: 01 out. 2006.

TRIBUNAL FEDERAL REGIONAL DA 3ª REGIÃO. Primeira Seção. Mandado de Segurança nº 256719-SP. Relatora: Desembargadora Federal Suzana Camargo. Decisão unânime. São Paulo, 17.08.05. **DJ** de 09 set. 2005, p. 503. Disponível a partir de: <http://www.trf3.gov.br/juris/pesquisa/pesq-ledoc.php3>. Acesso em: 01 out. 2006.

# A DEMOCRATIZAÇÃO DO ESPAÇO PÚBLICO JUDICIAL E O SEU PAPEL PARA A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

*José Carlos Arruda Dantas*
Advogado; Procurador do Estado de Pernambuco; Professor Universitário da Associação Caruaruense de Ensino Superior – ASCES; Professor da Escola da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE, de onde, também, foi aluno; Especialista em Direito Tributário e Processo Civil pela UFPE e mestrando em Processo Civil pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, além de autor de diversos artigos.

**SUMÁRIO**

1 INTRODUÇÃO. 2 O PROCESSO COMO O LOCUS DO ESPAÇO PÚBLICO JUDICIAL. 3 A LEGITIMIDADE JUDICIAL: UM LASTRO NECESSÁRIO À TRANSFORMAÇÃO DO PROCESSO NUM ESPAÇO PÚBLICO. 4 ATUAÇÃO JUDICIAL (IMPARCIALIDADE E PARTICIPAÇÃO): A SUPERAÇÃO DE UMA ÓTICA EQUIVOCADA. 5 A DECISÃO JUDICIAL COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE. 6 REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

Embrião de uma nova ótica, o presente artigo busca examinar a dimensão do Judiciário como instância democrá-

tica e de como essa abertura pode contribuir para o exercício da democracia brasileira.

Inúmeros teóricos buscam explicar e superar as perplexidades do mundo contemporâneo, pós-moderno ou de modernidade tardia, sugerindo soluções aos impasses de uma sociedade complexa, para alguns "sem centro"[1].

Buscando equacionar e permitir a coexistência das diferenças tão prementes nas sociedades contemporâneas, isto é, tentando dar uma adequação ou compatibilização em meio à realidade globalmente heterogênea em que se vive, fruto das multiplicidades de valores culturais, concepções religiosas, visões de mundo e condutas morais, vem-se aqui, partindo de um modelo reconstrutivista, lastreado nas lições colhidas em Habermas, tentar formular uma concepção da teoria discursiva, interagindo com as idéias dos liberais e dos comunitaristas, buscando conjugar a esfera dos interesses individuais e dos valores, por entender que não é possível optar por uma em detrimento da outra, porquanto coexistem na sociedade contemporânea tanto concepções coletivas como individuais, bem como as formas de vida pluralistas e as individualistas.

A sociedade moderna, embora tenha um caráter universal, porque humana, é, também, particular e fragmentada, por ser uma sociedade situada no tempo e espaço. Não se pode olvidar que as pessoas estão atadas às culturas que elas compartilham; mas, isso, por si só, não conduz a uma visão liberal, com supremacia do individual sobre o coletivo.

A concepção da moralidade pós-convencional (em Habermas) permite conjugar as duas dimensões do pluralismo

[1] Para um aprofundamento do tema ver CATTONI, Marcelo Andrade de. Devido processo legislativo e estado democrático de direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. In :JURISDIÇÃO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. Mandamentos. Belo Horizonte. 2004. p, 260.





na sociedade, já que ambas as facetas têm uma exigência comum: devem, obrigatoriamente, mostrar as razões que sustentem sua validade social (intra-subjetividade ou intersubjetividade), isto é, a sua aceitabilidade pelo tecido social, fruto do interagir de seus atores, dentro do novo papel que a "democracia globalizada" desenha para cada um deles, o que vem a constituir uma necessidade de justificação, que se dá através de discursos morais.

Enquanto as deliberações éticas estariam ligadas às particulares concepções de bem, vinculadas a uma determinada comunidade (identidade individual) que, de forma consciente, permite seu reconhecimento e sua escolha com algo bom para o indivíduo, aquelas de natureza moral estariam liberadas de um egocentrismo burguês.

A ação comunicativa cotidiana se mostra um catalisador de auto-entendimento, e conseqüentemente de integração, abrindo os espaços para que o mundo da vida possa ampliar seus horizontes de superação, sem que, em meio à sociedade complexa, se mostre impossível a efetivação de processos espontâneos de entendimento e manutenção de identidades.

O sujeito racional solitário precisa buscar sua sobrevivência no mundo com valores plurais e com diferentes concepções de vida, através do caminho da intersubjetividade, sendo o construto de Habermas uma das vias pelas quais se vislumbra essa retomada ao mundo da ética, do Direito e da Política, pela vertente da reconstrução da democracia.

## 2 O PROCESSO COMO O LOCUS DO ESPAÇO PÚBLICO JUDICIAL

Nessa esteira, necessário se faz examinar o conceito de espaço ou esfera pública, como lócus de tomada de decisão.

A segunda geração da Escola de Frankfurt (da qual Habermas faz parte) forjou um conceito de esfera pública, re-

presentando uma transição do conceito de racionalidade e da distinção entre o público e o privado.

Leonardo Avrizter[2], analisando o conceito de esfera pública em Habermas, aponta três características da mesma: **i)** é distinta do Estado e da esfera privada, e constitui um espaço para o "uso público da razão", com o atributo de igualdade de participação; **ii)** possibilita a ampliação dos temas politizáveis, para permitir que novas questões possam ser desprendidas das interpretações sacralizadas, de monopólio institucional; e, **iii)** possibilita a ampliação da participação, para permitir a inclusão mais ampla no processo de discussão.

Amplia-se, portanto, a pauta de discussão e também o espectro dos participantes, tudo isso num ambiente do qual resulte a autoridade do melhor argumento, depurado pela crítica, contra a autoridade hierárquica, no contexto social.

Passa a predominar como paradigma uma interpretação consciente das constantes tensões criadas, na maioria das vezes por desigualdades, ou ganância de poder, cujos núcleos temáticos tendem a eclodir, nos últimos anos, no aumento de opressão, gerando uma descreça numa "utopia igualitária", associada a um vazio de um mundo em crise, com novas concepçoes de estado e de mercado concorrencial. Esse grau de consciência permite a formulação de um espaço onde todos os atores sociais possam expor seus pontos de vista e defenderem racionalmente seus interesses, advindo daí um "consenso" do melhor argumento, fruto da decantação crítica dos argumentos apresentados ao debate.

E, dentro dessa linha, o conceito de "esfera pública" habermasiana não se confunde quer com o de Estado, ou com o da esfera de natureza privada, porque naquela não se atua buscando interesses econômicos ou submissão dos indivíduos a um aparelho que concentra poderes. Importa registrar, portanto, que o espaço público constitui a arena onde irão se definir e resolver as discussões sobre questões relevantes para a sociedade e, através dele, politizar-se.

[2] AVRITZER, Leonardo. Teoria crítica e teoria democrática. Do diagnóstico da impossibilidade da democracia ao conceito de esfera pública. In: NOVOS ESTUDOS. São Paulo: CEBRAP, 1999, n. 53. p.177.





Não se pode negar que os Estados modernos caracterizam-se pelo fato de que constituem o poder político através da forma do direito positivo, isto é, instituído e coercitivo. Mas que, a par disso, os ordenamentos jurídicos modernos são essencialmente constituídos a partir de direitos subjetivos.

E nesse papel de cidadãos potentes para conduzir a preservação de seus direitos, acaba-se por reduzir o controle do próprio Estado, incapaz de garantir relações sociais paritárias concretamente, porque também enredado em um subsistema que precisa articular-se com o mundo, falando a linguagem econômica dominante (lex mercatoria).

Lado a lado com essas questões sociais, a moral, também, toca o fenômeno jurídico. A separação entre direito e moral se dá com a modernidade, introduzindo as liberdades básicas subjetivas como o princípio de que "tudo que não é proibido é permitido".

Como indicado acima, as manifestações sociais são imediatas, dinâmicas e absolutamente urgentes, para se desenvolver prontamente em um poder burocratizado por normas engessadoras. O Judiciário, portanto, não se mostra ainda compondo uma esfera pública em que se possa atuar intensamente. Denúncias de nepotismo, episódios de corrupção e os entraves criados por uma prática judicial manietada por vícios de formalismos, aliada a uma legislação processual ultrapassada lhe cunham a pecha de moroso e distante da realidade social.

Não se quer dizer com isso que não seja o Poder Judiciário reconhecido como legítimo e integrante de um Estado Democrático de Direito. Mas, sim, que ele tem se furtado de participar do debate das questões sociais de relevo, ocupando

um papel secundário e por demais limitado, embora isso venha mudando nas últimas duas décadas.

O cidadão/ator (aqui entendido como aquele que age através do processo, da ação) começou a ganhar consciência, ainda que não da real instância de participação democrática que pode ser identificada no Judiciário, mas de um caminho potencial de modificação de sua realidade, em situações que permeiam seu cotidiano, pelas discussões de questões que diziam respeito diretamente às suas insatisfações, necessidades que, sem ter um meio de acesso possível, ficavam marginalizadas de qualquer instância pública. Falta, ainda, um veículo que se molde à politização dessas suas questões, até então consideradas apenas querelas individuais, ou postulações de menor importância que, em sua grande maioria, não possuem uma expressão pecuniária significativa.

As discussões trazidas para a arena judicial, cada vez mais alargadas, não poderiam deixar de refletir o mundo da vida e a multiplicidade das relações intersubjetivas conflituosas, reunindo aquelas aspirações condensadas nas lides, de modo exemplificativo e denotativo, o resultado de uma evaporação das expectativas sociais.

Outrossim, temas que afetam diretamente a qualidade de vida, tais como saúde, educação, segurança, infra-estrutura, etc, além do exame da violação à honra, à reputação entraram no cotidiano da esfera pública judicial, ganhando espaço para discussão da mesma natureza (pública), passando o processo a se constituir numa arena para a definição contenciosa do que é o político. Foram trazidos, para a discussão pública das audiências abertas aos participantes do processo e que podem ser assistidas por qualquer pessoa, temas inerentes a uma vida digna e com qualidade, passíveis de serem problematizados, quer individualmente, quer coletivamente, transformando-os em política.

É preciso que o Judiciário se conscientize do seu papel social, como centro ou instância última de decisão, quando





esgotadas todas as formas de pressão e já fracassadas as tentativas de negociação, para que possa, dentro de uma atuação procedimentalista, transformando o processo num espaço público democrático, emanar dele um comando coercitivo a ser imposto e legitimado, não pela força da autoridade das armas, mas sim, da argumentação.

E no tema da "democratização do Judiciário", aponta Dallari[3] duas exigências que se mostram implicadas: em primeiro lugar, a mudança de postura em relação à sociedade; em segundo, o modo de tratar a própria função judicante, assim como sua organização interna.

Não resta dúvida de que a vigente Constituição Federal fortaleceu o Poder Judiciário no cenário do Estado brasileiro, favorecendo com seus instrumentos novos essa politização referida e carreando novas formas de participação pública no controle da produção legislativa e da constitucionalidade das leis e atos normativos. Promoveu, também, a ampliação do leque de meios e instrumentos para a defesa dos interesses difusos e coletivos.

Por essa razão, afirma-se que o espaço público judicial é capaz de reproduzir uma ambiência em que as relações estabelecidas são sempre reflexos de uma interpessoalidade (vista esta na relação indivíduos/indivíduos, indivíduos/subsistemas) em colisão, a respeito de problemas que lhe são inerentes e relevantes, mas transmudada para o mundo do processo, também através de uma relação que passa a incorporar essa natureza.

O espaço público judicial integra a esfera pública e, ao mesmo tempo, revela e retrata a comunidade social. Ou seja, as estruturas comunicativas, em que acontecem os processos de formação pública da vontade, nos quais se pratica a racio-

[3] DALARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.146.

nalização discursiva das decisões nas esferas administrativas de um governo que age de acordo com o Direito e a lei, não são diversas daquelas que acontecem, em termos de participação, em um espaço judicial, dentro da experiência mais atual que ora se analisa.

Klaus Gunther[4] chama a atenção para o fato de que, em um Estado democrático constitucional, constitui o princípio da responsabilidade um conceito-chave, assim como uma "função social", significando isso, entre outras coisas, "assumir responsabilidade própria pela garantia de suas condições de vida". Dessa forma, toma a questão da responsabilidade social uma posição nuclear na discussão "político-social" em seu ponto de vista.

E a exigência, cada vez mais ampliada, dessa responsabilização, exacerbada pela globalização, faz com que instâncias organizadas espontaneamente na sociedade, ou mesmo os indivíduos de per si, devam promover-se ativamente em suas pretensões de melhoria na organização da vida comum, na medida em que tomam consciência de que não podem aguardar as providências de um Estado paternalista.

O caminho da abertura do acesso ao Judiciário constitui, assim, uma exigência tanto do aparato estatal, como do social, no mundo contemporâneo, na medida em que permite a todos se utilizarem desses canais de comunicação, para modificar as circunstâncias desfavoráveis de suas vidas, quer se traduzam essas em omissões eventualmente atribuídas ao Estado, ou mesmo em desrespeito àqueles direitos que a Constituição a eles assegura.

Buscar afirmações positivas, através do Judiciário, implica sair da passividade paternalista que o Estado hipertrófico propiciou, assumir uma responsabilização pelas próprias condições e ações, habilitar canais de participação político-democráticos da sociedade e exigir que esses devam

[4] GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. In : NOVOS ESTUDOS. São Paulo: CEBRAP, n. 63, 2002. p. 111.





estar também sintonizados com essa contemporaneidade e, assim, imperativamente democratizados, de modo a operar a emancipação e a potencialização da cidadania individual ou coletiva através de seu acesso.

Contudo, ainda assim, o exercício de uma cidadania mínima é construção que tem, necessariamente, que passar pelo sentido de um auto-reconhecimento, de identificar-se como ser capaz de direitos e obrigações e, conseqüentemente, de afirmações e responsabilidades. Obviamente, a análise aqui desenvolvida considera uma sociedade civil com nível ainda que modesto de conscientização, o qual, no Brasil, mostra-se gradativamente alargado.

Tecidos esses comentos, deve-se retomar o instante em que o indivíduo, consciente de sua capacidade de afirmação, dá o segundo passo no sentido da "ação", ação essa que, como se disse, não tem que passar por qualquer forma mais sofisticada de articulação ou agregação. Porque importante, registre-se que a consciência dos direitos individuais se antecipou à dos direitos políticos e dos direitos sociais no correr do século passado. E na medida em que cresce a informação sobre os direitos de cada um, canais são abertos para veicular essa demanda. Passa ele (indivíduo) para a afirmação de pretensões diante do outro e do próprio Estado e também a assumir a condição de ter que responder por seu agir perante este(s), o que significa adotar a responsabilidade por sua afirmação e as conseqüências daí decorrentes. Isso implica, necessariamente, que, do mesmo modo, deverá justificar sua afirmação, expondo-a à crítica reflexiva[5].

[5] GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. In : NOVOS ESTUDOS. São Paulo: CEBRAP, n. 63, 2002. p. 113 e 115. Nesse sentido: "a apresentação, a contestação e a fundamentação de pretensões de validade pressupõem portanto que pessoas imputem afirmações umas às outras, que possam responsabilizar-se por suas afirmações", o que ele conclui traduzir-se num conceito de pessoa implícito, ou seja, "pessoas de direito responsáveis".

Reconhece-se, assim, um espaço público em que se promove o exercício da crítica pelo reconhecimento da alteridade e da diferença, restauradora da reflexividade social e do aprofundamento de questões problematizáveis politicamente, de modo a permitir o avanço d a democracia no sentido de fazer dela um exercício de prática cotidiana.

O fechamento do espaço público judicial e o emaranhado de burocracias, em que se constituiu a processualística, acabaram por propiciar que grande parcela da sociedade, indistintamente, ficasse excluída desse debate. Essa exclusão não era vista, contudo, na dimensão que efetivamente possuía, porquanto não se trata apenas de deixar de postular alguma pretensão individual e particular; excluiu-se a possibilidade de participação política nas pequenas e grandes decisões que têm conexão direta com o cotidiano de todos, como coletivo, e de cada um, individualmente. Alijava-se o cidadão da vida na pólis.

Portanto, se no passado estiveram alijados desse espaço de discussão não apenas determinados grupos denominados "minoritários", ou algumas fatias sociais menos privilegiadas, por razões históricas ou socioeconômicas, embora essas tenham sofrido mais agudamente com a exclusão, novas vias de acesso se constituíram para permitir a reversão dessa situação.

O Judiciário, portanto, deve ser visto não apenas como instância declaradora ou garantidora dos direitos, mas, também, como instância de efetivação de direitos, tendo o processo como instrumento, palco do dissenso e do consenso, para carrear todo e qualquer tipo de "pretensão cidadã". O processo deve servir de elo de discussão e reflexão sobre os próprios conteúdos da democracia, como instância de afirmação de direitos, como espaço público de manifestação, para que o Judiciário cumpra sua efetiva função em uma nova formatação de Poder dentro do Estado Democrático de Direito.





## 3 A LEGITIMIDADE JUDICIAL: UM LASTRO NECESSÁRIO À TRANSFORMAÇÃO DO PROCESSO NUM ESPAÇO PÚBLICO

Para que o Judiciário possa concretizar tudo o que foi falado até aqui, necessário se faz que ele legitime suas decisões. Tal se dá porque, diversamente dos demais Poderes, o Judiciário brasileiro não possui legitimação pelo sufrágio.

Com relação ao Judiciário, essa se extrai do procedimento a ser aplicado no exame do caso concreto e não, como dizem alguns, do próprio texto Constitucional, estando, assim, pré-estabelecida, posto que todos os poderes, todos os cargos e funções públicas buscam seu substrato na Constituição Federal, com igual acessibilidade (em homenagem às características principiológicas da democracia, como a abolição de todos os privilégios) e independência entre os poderes (garantia de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos; para agentes da administração, a garantia da estabilidade e irredutibilidade de vencimentos e subsídios).

A ação comunicativa funciona como verdadeiro catalizador de auto-entendimento e, conseqüentemente, de integração, abrindo os espaços para que o mundo da vida possa ampliar seus horizontes de superação (universalizante), sem que, em meio à sociedade complexa, se mostre impossível a efetivação de processos espontâneos de entendimento e manutenção de identidade.

Dentro desse interagir, ocupam relevo as esferas públicas[6]; soa a projeção daquilo que a própria sociedade lhe atri-

[6] HABERMAS, Jürgen. **O Discurso filosófico da modernidade**. Tradução Luiz Sergio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 522: "As esferas públicas podem ser concebidas como intersubjetividades de grau superior. Nelas podem articular-se auto-proibições coletivas que constituem identidades. E, na esfera pública agregada em graus superiores, pode articular-se uma consciência da sociedade inteira.

bui, como identidade. Assim, o sentido de participação, de representação e, conseqüentemente, de legitimidade, dentro do modelo liberal e neoliberal, se satisfaz como o ato em si de votar, inexistindo possibilidade de controle através de instrumentos hábeis e diretos pela população (a não ser, excepcionalmente, o impeachment, que obedece a critérios outros que não aquele da não correspondência com o atendimento aos projetos, programas ou seus conteúdos), ou seja, ainda que frustrada a manifestação volitiva contida no voto, como verdadeiro ato viciado pelo erro ou dolo, não se mostra passível de correções ou controle, para atender à finalidade mesma para a qual foi efetivado.

A legitimação do Judiciário, portanto, advém, como dito alhures, para além de uma definição constitucional de seu papel, e do reconhecimento dessa esfera institucional como a instância necessária para a solução de conflitos sociais e preservação dos direitos fundamentais, da autorização concedida em cada ação judicial para esse atuar (até porque a jurisdição é "inerte", condicionada ao pedido ou provocação da parte), sendo o processo um peculiar modo de controle político da população, típico da esfera Judiciária.

A noção de representação, que confere legitimidade às decisões judiciais, ganha contornos próprios na função judicante, diversamente do que ocorre nos outros poderes da República. No Judiciário, a legitimidade tem ligação direta com a própria atividade a ser exercida, com a preservação de requisitos de independência e isenção dos critérios de seleção, e não, com a escolha pessoal daquele que exercerá aquela função pública específica, em determinada competência. Ou seja, o substrato da legitimidade das decisões judicantes advém da lisura da seleção e da imparcialidade do julgador ante o caso concreto.

Do mesmo modo, a forma de participação da sociedade nesse veículo não se dá através de um convencional sufrágio, mas através da ação. É ali que ela coloca suas aspirações, suas 'ideologias', seus "programas", não partidários, mas existenciais.





Essa participação do povo na vida da nação, pelo exercício qualificado da cidadania democrática, precisa ser descoberta em sua plenitude de consciência, para que o direito de ação seja, no Judiciário, seu direito de participação na vida social e política (seu voto cotidiano de cidadão), com a diferença que aqui não há carta passada em branco para o representante; ao contrário, aqui a participação é direta e se concretiza no embate argumentativo, que deve destilar criticamente o resultado (a sentença).

## 4 ATUAÇÃO JUDICIAL (IMPARCIALIDADE E PARTICIPAÇÃO): A SUPERAÇÃO DE UMA ÓTICA EQUIVOCADA

Para que o Judiciário possa concretizar tudo aquilo que foi dito até aqui, necessário se faz superar uma visão "estrábica" da atuação judicial. Durante muito tempo, entendeu-se que a melhor forma de atuação do magistrado era a eqüidistância das partes, o que gerou uma eqüidistância do processo, que deve ser superada.

O processo democrático institucionaliza o modo de operacionalização dos discursos. As decisões necessitam de fundamentação, apresentando-se cada racionalidade de modo a que os resultados sejam conseguidos conforme o processo, e, por isso mesmo, dentro de uma neutralidade, que somente pode se inserir em discursos argumentativos, como regra geral, para a obtenção de um diálogo racional e crítico.

Fica evidente que a neutralidade constitui componente necessário e, até mesmo, "inevitável", o que não deve ser confundido com ausência de participação judicial, afinal de constas, quem preside o processo é o juiz.



BIBLIOTECA ESMAPE

A procedimentalidade e o regramento mínimo de qualquer discurso que seja fundado na lógica da argumentação impõe uma atitude neutra, eticamente, em relação ao mundo circundante, o que não afasta, contudo, o reconhecimento da necessidade de haver uma concepção comum de justiça que possua uma validade moral, estando esta situada não nas esferas subjetivas, privadas ou não públicas, mas nas razões suscitadas no próprio espaço público, no qual é levado a efeito o diálogo, que propicia a construção de uma moral imparcial, a qual transborda das internalizadas visões do mundo[7].

A questão da imparcialidade, portanto, está ligada à própria forma de proceder que se impõe pelo discurso e ao(s) aspecto(s) que dele afloram, nas fricções das questões tópicas, ligadas a um determinado e especifico contexto, contido e delineado nos autos.

De sorte que essa neutralidade deve ser considerada advinda do procedimento e não de forma abstrata, pura e desligada de uma realidade; ao contrário, ela se dá pela atitude de crítica e reflexiva que as regras do discurso impõem e, por conseguinte, ao mesmo tempo, rente ao contexto e transcendente a ele.

Não se está tratando de procedimento como "ação estética", senão como critério, porque identificado com aqueles parâmetros que são fornecidos exatamente pelos direitos humanos, o que acaba por inserir toda uma carga valorativa para justificar a própria escolha de tais exigências e, conseqüentemente, de tais procedimentos.

Seria inaceitável, mesmo em um modelo de democracia procedimental, que se permitisse que pessoas em razão de uma determinada condição, tal como status financeiro, ou de família, pudessem fazer jus a uma especial posição de participação. Ou seja, ao se impor o requisito de igual liberdade de manifestação para todos os participantes, já se está imbuindo o procedimento de critérios valorativos, donde se conclui que o modelo proposto por Habermas não apenas permite que se estabeleçam regras previamente aceitas para aqueles que tomam parte no processo comunicacional, no aspecto procedimental (porque esse o critério que melhor atende à necessidade de igual participação de todos), mas também porque a razão comunicativa permite gerar normas aceitas validamente por aqueles que a elas se submetem, através do processo de deliberação pública.

[7] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – Entre a faticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p, 35.





A questão da jurisdicionalização da política não representa qualquer ameaça à separação dos Poderes, ou à sua neutralidade política, ao contrário, é resultado de uma gradual conscientização, pelos atores sociais e judiciais, de seu real papel, como se pretende aqui demonstrar.

A crença de que o Judiciário deve ser mantido distanciado de questões políticas e sociais colocou um foco distorcido nas análises e na própria práxis judicial, afastando de seu espectro de atuação matérias que lhe são inerentes. Tal perspectiva retirou substância de sua natureza, porque também ele é fonte instrumental para uma democracia ativa e, conseqüentemente, para trabalhar matérias que envolvam quer a política, quer o social.

A limitação do papel do Judiciário à tarefa de aplicador ou integrador da lei permitiu um enfoque estrábico de sua função, incapaz de visualizá-lo como veículo de participação da população nas grandes questões de interesse social e político, que constitui o modus operandi da democracia, através do Judiciário, sua feição de participação, sua face político-social.

A jurisdicionalização não parece derivar de um protagonismo institucional exercido pelo Poder Judiciário. A experiência brasileira não revela um ativismo judicial, que se prestaria à consolidação e jurisdicionalização definitiva de modelos

de reprodução de desigualdades sociais e econômicas, mas ao contrário, esta se revelou, através da busca que foi atuada de fora para dentro, já que sua postura sempre esteve no sentido oposto do apelo às massas, fechado no exercício solitário das decisões.

Se a reprodução do social se dá através do processo judicial e precisa ser trabalhado sem que se desatrele dessa roupagem (a visão jurídica das questões sociais e políticas), seus conteúdos reais, o social ou o político, não deixarão de sê-lo. Não é somente a mudança de uma posição do próprio juiz, como operador, que deve ser implementada nesta consciência recente de nossa história judiciária, é também e, precipuamente, a consciência do povo, da comunidade jurídica, da sociedade de um modo geral, que deverá introjetar essa natureza latente, porém, até então, "oculta" deste Poder[8].

Essa ótica míope provocou uma imagem distorcida por parte dos próprios magistrados, que se olhavam para além de suas limitações, como se, admitir a "contaminação" do político ou social fosse atitude comprometedora de sua capacidade de julgar; como se, se apoderar de sua condição humana, como juiz, pudesse prejudicar a imparcialidade da decisão; como se reconhecer dificuldades inerentes à sua própria condição de vida e trabalho pudesse vulnerar a qualidade de julgamento[9].

A observação de Andrei Koerner[10] a este respeito mostra-se precisa:

[8] Numa crítica contundente à postura da magistratura, ver DALARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 56.

[9] Aponta DALARI, Dalmo de Abreu, idem, p.57: "Só recentemente foi rasgado o véu de aparências que ocultava a realidade da magistratura. Verificou-se nas últimas décadas, de modo mais enfático na Itália e na França, o aparecimento de movimentos e organizações de magistrados dispostos ao reconhecimento e ao debate públicos das falhas e necessidades dos Juízes e da organização judiciária ..."

[10] KOERNER, Andrei. O debate sobre a reforma judiciária. In: NOVOS ESTUDOS. São Paulo: CEBRAP, n.54, 1999. p. 20.





> Na concepção do Judiciário democrático, a imparcialidade do juiz é dissociada da neutralidade e da passividade, pois o juiz é pensado como um agente ativo, politicamente engajado na resolução dos conflitos individuais e coletivos. A sua imparcialidade é garantida pelo respeito aos limites de suas atribuições, às formas processuais e a outros procedimentos técnicos de julgamento.

Contudo, não se verifica a relação relevante, para esse fim, com a da independência interna da magistratura, no que concerne à sua participação administrativa. Aquela diz respeito direto ao exercício de suas funções, numa área reservada a seu modo de atuar na dinâmica do processo, no modo de operá-lo e na própria visão crítica que tem de seu papel nesse instrumento público de debate.

## 5 A DECISÃO JUDICIAL COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE

Nenhum elemento de um dado sistema maior, no qual se incluem aqueles outros denominados de "micro", nenhuma engrenagem de um dado universo de leis dentro de um Estado de Direito, que se constitui e regula a partir da Constituição, pode pretender uma autonomia assim definida.

Dworkin, em sua severa crítica ao positivismo[11], insere na atuação do Direito, através de seus operadores, uma concepção de integridade, apontando assim para algo que está fora do Direito. E se o Direito assim concebido é o Direito ético, sua teoria é consolidada em princípios que são aceitos por uma comunidade, identificando-se seu modelo como de

[11] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35.

uma "comunidade de princípios". As decisões judiciais, portanto, devem espelhar tais princípios, trazendo em seu bojo uma qualidade axiológica.

Contudo, a crítica de Habermas[12] ao positivismo jurídico se direciona contra as balizas restritivistas advindas dessa doutrina, embora compartilhe com Dworkin[13] a adoção de elementos pré-jurídicos, que uma vez incorporados ao direito passam a obedecer às regras do processo para fins de fundamentação. Portanto, pode-se concluir que o ordenamento é plasmado de contradições, omissões e lacunas exatamente por constituir o material bruto a ser tratado. O sistema se identifica com esse mesmo direito, mas em sua plenitude e perfeição, constituindo o papel dos juristas a intermediação dos processos de decisão.

Em assim sendo, a decisão judicial, num arranjo de harmonização dos três autores citados, implicaria uma comunicação inerente ao sistema, imbuída por inflexões de teores alheios ao sistema, resultantes da depuração crítica argumentativa, levada a efeito, no acréscimo aqui pretendido, por três sujeitos: o autor, o réu e o juiz.

No que toca aos Estados, ou aos grandes mercados mundiais, testemunham-se fóruns de discussão, organismos, tratados, cartas de intenções que, ainda que atendendo a distintas reflexões sobre a ética racional, buscam consensos sobre questões necessárias à própria subsistência, cedendo ao reconhecimento da dimensão universal de certos temas reincidentes e de importância vital para a humanidade, o que se dá exatamente através da via comunicativa.

O que se busca dos instrumentos judiciais de democracia, ainda que de forma embrionária, especialmente enfocando os microssistemas e seu papel nessa "possível categoria", é iniciar uma vertente nova na abordagem de como estruturas institucionais podem se renovar, mesmo que dentro de uma pequena dimensão, e ainda assim propiciarem modificações, as quais se estendam muito além de sua esfera.

[12] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – Entre a faticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p, 252.

[13] DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 38.





Através dos pressupostos teóricos de Habermas, extraem-se elementos para a concreção de uma situação especial (ideal de fala) que permita aos interlocutores sociais obterem níveis de entendimento por meio de um discurso reflexivo e cujos resultados representem, além da oportunidade de atuar como veículos democráticos de participação política, a possibilidade de realizar as expectativas legítimas de qualidade de vida.

O processo comunicativo, segundo Habermas, rompe com um entendimento valorativo-cultural específico, porque se baseia nos argumentos apresentados na discussão, exigindo os discursos práticos um compromisso de justificação, enquanto o teórico, de fundamentação.

Ao analisar essas posições em Habermas, José Einsenberg[14] afirma que o teórico busca acima de tudo:

> [...] uma reafirmação do valor procedimental de uma estrutura básica de direitos que: (a) permita a reorganização e o fortalecimento de uma cidadania ativa no âmbito da sociedade civil; (b) seja capaz de recuperar o sentido original da idéia de soberania popular que está na base do modelo democrático constitucionalista vigente no Ocidente; e (c) substitua, assim, a função paliativa dos atores do Judiciário como contrapeso radical às desigualdades sociais resultantes do modelo vigente".

A validade de uma norma jurídica indica que o po-

[14] EISENBERG, José. **A Democracia depois do liberalismo**. Ensaios sobre ética, direito e política. Rio de Janeiro: Relumé-Dumará, 2003, p, 159.

uma "comunidade de princípios". As decisões judiciais, portanto, devem espelhar tais princípios, trazendo em seu bojo uma qualidade axiológica.

Contudo, a crítica de Habermas[12] ao positivismo jurídico se direciona contra as balizas restritivistas advindas dessa doutrina, embora compartilhe com Dworkin[13] a adoção de elementos pré-jurídicos, que uma vez incorporados ao direito passam a obedecer às regras do processo para fins de fundamentação. Portanto, pode-se concluir que o ordenamento é plasmado de contradições, omissões e lacunas exatamente por constituir o material bruto a ser tratado. O sistema se identifica com esse mesmo direito, mas em sua plenitude e perfeição, constituindo o papel dos juristas a intermediação dos processos de decisão.

Em assim sendo, a decisão judicial, num arranjo de harmonização dos três autores citados, implicaria uma comunicação inerente ao sistema, imbuída por inflexões de teores alheios ao sistema, resultantes da depuração crítica argumentativa, levada a efeito, no acréscimo aqui pretendido, por três sujeitos: o autor, o réu e o juiz.

No que toca aos Estados, ou aos grandes mercados mundiais, testemunham-se fóruns de discussão, organismos, tratados, cartas de intenções que, ainda que atendendo a distintas reflexões sobre a ética racional, buscam consensos sobre questões necessárias à própria subsistência, cedendo ao reconhecimento da dimensão universal de certos temas reincidentes e de importância vital para a humanidade, o que se dá exatamente através da via comunicativa.

O que se busca dos instrumentos judiciais de democracia, ainda que de forma embrionária, especialmente enfocando os microssistemas e seu papel nessa "possível categoria", é iniciar uma vertente nova na abordagem de como estruturas institucionais podem se renovar, mesmo que dentro de uma pequena dimensão, e ainda assim propiciarem modificações, as quais se estendam muito além de sua esfera.

[12] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – Entre a faticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p, 252.

[13] DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 38.





Através dos pressupostos teóricos de Habermas, extraem-se elementos para a concreção de uma situação especial (ideal de fala) que permita aos interlocutores sociais obterem níveis de entendimento por meio de um discurso reflexivo e cujos resultados representem, além da oportunidade de atuar como veículos democráticos de participação política, a possibilidade de realizar as expectativas legítimas de qualidade de vida.

O processo comunicativo, segundo Habermas, rompe com um entendimento valorativo-cultural específico, porque se baseia nos argumentos apresentados na discussão, exigindo os discursos práticos um compromisso de justificação, enquanto o teórico, de fundamentação.

Ao analisar essas posições em Habermas, José Einsenberg[14] afirma que o teórico busca acima de tudo:

> [...] uma reafirmação do valor procedimental de uma estrutura básica de direitos que: (a) permita a reorganização e o fortalecimento de uma cidadania ativa no âmbito da sociedade civil; (b) seja capaz de recuperar o sentido original da idéia de soberania popular que está na base do modelo democrático constitucionalista vigente no Ocidente; e (c) substitua, assim, a função paliativa dos atores do Judiciário como contrapeso radical às desigualdades sociais resultantes do modelo vigente".

A validade de uma norma jurídica indica que o po-

[14] EISENBERG, José. **A Democracia depois do liberalismo**. Ensaios sobre ética, direito e política. Rio de Janeiro: Relumé-Dumará, 2003, p, 159.

uma "comunidade de princípios". As decisões judiciais, portanto, devem espelhar tais princípios, trazendo em seu bojo uma qualidade axiológica.

Contudo, a crítica de Habermas[12] ao positivismo jurídico se direciona contra as balizas restritivistas advindas dessa doutrina, embora compartilhe com Dworkin[13] a adoção de elementos pré-jurídicos, que uma vez incorporados ao direito passam a obedecer às regras do processo para fins de fundamentação. Portanto, pode-se concluir que o ordenamento é plasmado de contradições, omissões e lacunas exatamente por constituir o material bruto a ser tratado. O sistema se identifica com esse mesmo direito, mas em sua plenitude e perfeição, constituindo o papel dos juristas a intermediação dos processos de decisão.

Em assim sendo, a decisão judicial, num arranjo de harmonização dos três autores citados, implicaria uma comunicação inerente ao sistema, imbuída por inflexões de teores alheios ao sistema, resultantes da depuração crítica argumentativa, levada a efeito, no acréscimo aqui pretendido, por três sujeitos: o autor, o réu e o juiz.

No que toca aos Estados, ou aos grandes mercados mundiais, testemunham-se fóruns de discussão, organismos, tratados, cartas de intenções que, ainda que atendendo a distintas reflexões sobre a ética racional, buscam consensos sobre questões necessárias à própria subsistência, cedendo ao reconhecimento da dimensão universal de certos temas reincidentes e de importância vital para a humanidade, o que se dá exatamente através da via comunicativa.

O que se busca dos instrumentos judiciais de democracia, ainda que de forma embrionária, especialmente enfocando os microssistemas e seu papel nessa "possível categoria", é iniciar uma vertente nova na abordagem de como estruturas institucionais podem se renovar, mesmo que dentro de uma pequena dimensão, e ainda assim propiciarem modificações, as quais se estendam muito além de sua esfera.

[12] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – Entre a faticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p, 252.

[13] DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 38.





Através dos pressupostos teóricos de Habermas, extraem-se elementos para a concreção de uma situação especial (ideal de fala) que permita aos interlocutores sociais obterem níveis de entendimento por meio de um discurso reflexivo e cujos resultados representem, além da oportunidade de atuar como veículos democráticos de participação política, a possibilidade de realizar as expectativas legítimas de qualidade de vida.

O processo comunicativo, segundo Habermas, rompe com um entendimento valorativo-cultural específico, porque se baseia nos argumentos apresentados na discussão, exigindo os discursos práticos um compromisso de justificação, enquanto o teórico, de fundamentação.

Ao analisar essas posições em Habermas, José Einsenberg[14] afirma que o teórico busca acima de tudo:

> [...] uma reafirmação do valor procedimental de uma estrutura básica de direitos que: (a) permita a reorganização e o fortalecimento de uma cidadania ativa no âmbito da sociedade civil; (b) seja capaz de recuperar o sentido original da idéia de soberania popular que está na base do modelo democrático constitucionalista vigente no Ocidente; e (c) substitua, assim, a função paliativa dos atores do Judiciário como contrapeso radical às desigualdades sociais resultantes do modelo vigente".

A validade de uma norma jurídica indica que o po-

[14] EISENBERG, José. **A Democracia depois do liberalismo**. Ensaios sobre ética, direito e política. Rio de Janeiro: Relumé-Dumará, 2003, p, 159.

der estatal garante simultaneamente a legítima produção do Direito (legitimidade) e a sua fática imposição (coercitividade).

Contudo, a modernidade assistiu à sujeição das decisões dos demais Poderes àquelas advindas do Poder Judiciário, ainda quando esse era considerado como apenas parte da própria estrutura administrativa do Estado, acima de tudo porque investida de autoridade e obrigatoriedade, sendo decorrente da função própria a ele atribuída constitucionalmente, razão pela qual dizer-se popularmente que decisão judicial "não se discute".

O debate acerca da questão da legitimidade analisa suas diversas dimensões tratando de caracterizá-la, inicialmente, como procedimento que permite apresentar a norma como coercitiva, e também positiva, ou seja, como Direito produzido, isso significando que pode ser modificado (perder sua eficácia) e, por último, refere às implicações de sua aceitação pelos concernidos, que trabalharam no processo de sua elaboração. Pode-se, assim, concluir que a potencialidade decorrente de uma "decisão judicial" advém da legitimidade que, para além do respeito às atribuições ditadas constitucionalmente, se sedimenta, não na voz do juiz, como agente público, mas nas vozes de todos aqueles que participaram do resultado decorrente de um procedimento que concretizou o embate argumentativo, e cujo produto se mostra conseqüência da adesão, por parte do magistrado, a uma das teses apresentadas, pois, ao promover a justificação da sentença com base nelas e acrescendo seus próprios fundamentos.

Não é o juiz que obriga, mas a norma emanada daquele processo, que apenas se executa através dos mecanismos judiciais, atuados pelo agente público, sendo do resultado do processo que advém o real poder de coação para consecução daquele comando, perseguido através de um dado processo judicial.

Do mesmo modo, a deliberação decorrente e que se constitui como resultado de uma depuração crítica, exercitada através da múltipla dialética dos argumentos expostos, não





deve ser identificada como um comando vertical - o que convencionalmente se entende por decisão (sentença) - porque incorpora também as características de um resultado racionalmente motivado. Na medida em que se enfrentam as teses contrapostas, cedendo-se lugar ao melhor argumento, o juiz participa, justificando e aderindo a uma das pretensões, e expondo suas razões para tal.

Daí porque as grandes discussões envolvendo a tão temida "discricionariedade" do juiz, assim como a "criatividade" da decisão são enfocadas como óticas apenas parciais desta emanação, porquanto atreladas, embrionariamente, aos próprios limites delineados pelas partes, pelo objeto da discussão e pela vinculação a uma fundamentação que deve justificar-se para um resultado, cujo conteúdo já se mostrara esboçado nos debates travados.

Portanto, afastados esses óbices, busca-se a demonstração de que o resultado prático de um processo judicial consiste em uma deliberação porque, aderindo-se a uma das teses apresentadas, vence o argumento que, justificado, mais se identifica com o princípio da certeza jurídica, o que requer decisões que podem ser consistentemente tomadas no quadro do Direito vigente.

Outrossim, a pretensão de legitimidade da ordem jurídico-democrática requer decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior de casos análogos e com o sistema de normas vigente, mas pressupõe igualmente que sejam racionalmente fundadas nos casos concretos, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais.

A decisão do juiz, assim, não é outra, distante e intangível, porque deve obedecer a limites objetivos, notadamente às garantias processuais atribuídas às partes, principalmente, a do contraditório e a da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões[15], devendo ainda se a ter à dis-

[15] Ver sobretudo LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

cussão colocada pelas partes, o que constitui, inclusive, o próprio princípio da adstrição, consagrado no pátrio diploma processual.

No momento em que assume uma ou outra posição das teses conflitantes, cedendo diante do melhor argumento, e argumentando também justificadamente porque o faz, participa o órgão judicante daquela ação comunicativa. No momento da manifestação individual do juiz, que se dá através daquele ato denominado sentença, opera-se, concomitantemente, o fenômeno da deliberação discursiva, porque a vontade de uma das partes estará imbricada naquela decisão, e todos os argumentos defendidos estarão ali refletidos, dando lastro e legitimidade à deliberação final.

É dessa condensação destilada de argumentos que se extrai a síntese da qual também participa o membro do Judiciário.

Contudo, insta pontuar que tal constatação não afasta o trabalho de qualquer operador do direito como intérprete das leis e da Constituição, porque ínsito a essa matéria o labor exegético de todos os que participam do debate no seio do espaço judicial; se assim não fosse, se estaria a promover um retrocesso, entendendo que mecanicamente o ordenamento promove sua incidência sobre a totalidade da vida humana.

Do mesmo modo, a interpretação contida naquele produto final dele decorrente não pode se desvincular dos princípios e direitos estabelecidos na Constituição, assim como não pode passar infensa à realidade social plural e desnivelada. Ao contrário, é exatamente porque a conhece e com ela está conectada, e porque resguarda os valores compartilhados por uma dada comunidade, refletidos naqueles princípios orientadores das normas constitucionais, os quais interagem no ordenamento como um todo, que advém uma decisão/deliberação que, para além de incorporar um caráter legítimo, também se mostra válida, e com o atributo de coercitividade.





Retrata, ela, a formação de uma opinião e vontade concretizadas por todos aqueles instrumentos de um, assim, "processo judicial".

Essa decisão/deliberação não é nem poderia ser apenas logicamente automatizada pela aplicação da norma sobre o fato; ela traduz a locução de uma autoria conjunta de indivíduos livres de uma comunidade jurídica (que compreende as partes e aquele que, como eles, atua nessa modalidade de deliberação participativa), instrumentalizada pelo processo judicial, exercendo o juiz a função específica de interlocutor próprio para o âmbito do processo. Identifica-se não como sujeito dotado de poderes míticos e qualidades virtuosas[16], mas como homem feito da mesma matéria e personagem da mesma contingência, ainda que com uma qualificação específica para cumprir aquele papel no espaço público judicial.

Isso não significa reduzir o poder da força daquela decisão/deliberação ou suprimir a importância da figura do juiz no exercício de sua função; ao contrário, tal concepção pretende é trazê-lo à sua condição fundamental de elemento da arena judicial que, por ser especialmente dotado de conhecimentos técnicos necessários, comprovados por um processo de investidura que garanta também a legitimidade de sua atuação, cumpre uma mediação necessária e assegura, do mesmo

[16] Na referência ao Juiz Hércules (método de Hércules), Dworkin parte do pressuposto de que o ato do julgamento pelo magistrado implica necessariamente em sua dotação com atributos de integridade, em relação à questão dos princípios, assim como equidade no julgamento, desconectando suas decisões dos demais atores processuais, porque seria ele capacitado com qualidades especiais, respeitando a integridade do texto legal e a equidade política, concentrando-se nele a vertente da melhor interpretação, já que seria dotado de todas as habilidades para julgar, de forma que é através dele que se apresentará o melhor resultado final do processo. Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p, 405 - 455.

modo, a legitimidade daquele resultado do qual participa, o qual se imbui, simultaneamente, de uma coercitividade e validade que obrigam não porque decorrente da locução de uma autoridade judiciária apenas, mas porque produto de um entendimento qualificado e racionalmente obtido.

O ponto nodal aqui colocado é a necessidade de se encarar o resultado do trabalho argumentativo, levado a efeito pela depuração crítica do discurso, como deliberação, e não decisão autônoma, de natureza monológica, para que se possa rever o papel do juiz, substituindo a idéia do magistrado atado a silogismos, ou do juiz Hércules, ou construtivista, para um que se integre na práxis discursiva, a qual sirva, ela mesma, de estímulo e limites ao discurso, com base na justificação e crítica, controlável metodologicamente.

A visão que aqui se esboça, ainda embrionariamente, é a de que isso que se denomina sentença, decisão ou comando judicial, emanado do processo, tem natureza de deliberação, na medida em que não é monológica, nem vertical, nem absoluta, nem unipessoal. Ao contrário, ela, necessariamente, terá de ser dialógica, horizontal, relativa e interpessoal.

E isso porque a justiça de uma decisão não estará depositada na aplicação correta e automática da regra sobre o fato, porque tal mecanismo automático de subsunção, lógico-dedutivo, não consegue enxergar as variantes e nem se mostra capaz de traduzir um sentido crítico de seu teor; nem porque decorrente de um ser dotado de "virtudes" especiais, ou criativas da norma jurídica.

A justiça de uma decisão estará necessariamente ligada à participação em igualdade no processo judicial, e se identificará na legitimação advinda de um processo que respeite os requisitos da "situação ideal de fala" e resulte de um embate argumentativo, que tenha como conseqüência uma deliberação vinculada e justificada, e nuclearmente imbricada à igualdade e à dignidade da pessoa humana, com status de princí-





pio constitucional, como atributos necessários do procedimento e do próprio resultado.

É lógico que as deliberações, porque humanas, são falíveis, assim como são falíveis as escolhas pessoais a respeito de vidas particulares, ou são falíveis as formas de participação democrática convencionais, no âmbito coletivo, por mais democraticamente que tenham sido os consensos obtidos.

Finalizando esta exposição, ressalta-se que tensão constante entre faticidade e validade, especialmente na seara judicial, como espaço público, tem ocupado papel de relevo na sociedade contemporânea, o que implica uma releitura da atividade jurisdicional embasada em novos prismas e pilares que possam é servir de norte a esse novo momento mundial e brasileiro.

## 6 REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. Teoria crítica e teoria democrática. Do diagnóstico da impossibilidade da democracia ao conceito de esfera pública. In: NOVOS ESTUDOS. São Paulo: CEBRAP, 1999, nº 53. p.167-188.

CATTONI, Marcelo Andrade de. Devido processo legislativo e estado democrático de direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. In: JURISDIÇÃO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. Mandamentos. Belo Horizonte. 2004.

DALARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____ O império do direito. Tradução Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EISENBERG, José. **A Democracia depois do liberalismo**. Ensaios sobre ética, direito e política. Rio de Janeiro: Relumé-Dumará, 2003.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**. Boston: Harvard University Press, 1980.

GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. In: NOVOS ESTUDOS. São Paulo: CEBRAP, nº 63, 2002. p. 105-118.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – Entre a faticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

_____. **O Discurso filosófico da modernidade**. Tradução Luiz Sergio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOERNER, Andrei. O debate sobre a reforma judiciária. In: NOVOS ESTUDOS. São Paulo: CEBRAP, n.54, 1999. p. 11-26.



# EMBARGOS DE TERCEIRO

*Júlio Azzi Aprígio de Carvalho*
Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Assessor Jurídico da Justiça Federal/PE

**SUMÁRIO**

1 INTRODUÇÃO. 2 CONCEITO. 3 COMPETÊNCIA. 3.1 Carta Precatória. 3.2 Recurso Pendente de Julgamento. 4 LEGITIMIDADE. **4.1 Terceiro e Parte.** 4.2 Legitimidade Ativa. 4.2.1 Caput do CPC 1.046. 4.2.2 Parágrafo 1º do CPC 1.046. 4.2.3 Parágrafo 2º do CPC 1.046. 4.2.4 Parágrafo 3º do CPC 1.046. 4.2.5 Inciso I do CPC 1.047. 4.2.6 Inciso II do CPC 1.047. 4.3 Legitimidade Passiva. 5 PRAZO. 6 VALOR DA CAUSA. 7 PETIÇÃO INICIAL. 7.1 Liminar. 8 CITAÇÃO. 9 REAÇÕES DO EMBARGADO. 10 SENTENÇA QUE NÃO RESOLVE O MÉRITO. 11 SENTENÇA QUE RESOLVE O MÉRITO. 11.1 Sentença de Improcedência. 11.2 Sentença de Procedência. 12 SUCUMBÊNCIA. 13 FUNGIBILIDADE COM EMBARGOS DO DEVEDOR. 14 CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos de propriedade e posse ostentam posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, sendo previstos, inclusive, na Constituição da República[1]. Por consistirem em garantias de fundamental importância para o convívio pacífico entre os membros da sociedade, revela-se coerente

[1] Artigos 5º, inciso XXII; e 183 da CF/88.

_____ O império do direito. Tradução Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EISENBERG, José. **A Democracia depois do liberalismo**. Ensaios sobre ética, direito e política. Rio de Janeiro: Relumé-Dumará, 2003.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**. Boston: Harvard University Press, 1980.

GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. In: NOVOS ESTUDOS. São Paulo: CEBRAP, nº 63, 2002. p. 105-118.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – Entre a faticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

_____. **O Discurso filosófico da modernidade**. Tradução Luiz Sergio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOERNER, Andrei. O debate sobre a reforma judiciária. In: NOVOS ESTUDOS. São Paulo: CEBRAP, n.54, 1999. p. 11-26.



# EMBARGOS DE TERCEIRO

*Júlio Azzi Aprígio de Carvalho*
Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Assessor Jurídico da Justiça Federal/PE

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 CONCEITO. 3 COMPETÊNCIA. 3.1 Carta Precatória. 3.2 Recurso Pendente de Julgamento. 4 LEGITIMIDADE. 4.1 Terceiro e Parte. 4.2 Legitimidade Ativa. 4.2.1 Caput do CPC 1.046. 4.2.2 Parágrafo 1º do CPC 1.046. 4.2.3 Parágrafo 2º do CPC 1.046. 4.2.4 Parágrafo 3º do CPC 1.046. 4.2.5 Inciso I do CPC 1.047. 4.2.6 Inciso II do CPC 1.047. 4.3 Legitimidade Passiva. 5 PRAZO. 6 VALOR DA CAUSA. 7 PETIÇÃO INICIAL. 7.1 Liminar. 8 CITAÇÃO. 9 REAÇÕES DO EMBARGADO. 10 SENTENÇA QUE NÃO RESOLVE O MÉRITO. 11 SENTENÇA QUE RESOLVE O MÉRITO. 11.1 Sentença de Improcedência. 11.2 Sentença de Procedência. 12 SUCUMBÊNCIA. 13 FUNGIBILIDADE COM EMBARGOS DO DEVEDOR. 14 CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos de propriedade e posse ostentam posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, sendo previstos, inclusive, na Constituição da República[1]. Por consistirem em garantias de fundamental importância para o convívio pacífico entre os membros da sociedade, revela-se coerente

[1] Artigos 5º, inciso XXII; e 183 da CF/88.

_____ O império do direito. Tradução Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EISENBERG, José. **A Democracia depois do liberalismo**. Ensaios sobre ética, direito e política. Rio de Janeiro: Relumé-Dumará, 2003.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**. Boston: Harvard University Press, 1980.

GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. In: NOVOS ESTUDOS. São Paulo: CEBRAP, nº 63, 2002. p. 105-118.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – Entre a faticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

_____. **O Discurso filosófico da modernidade**. Tradução Luiz Sergio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOERNER, Andrei. O debate sobre a reforma judiciária. In: NOVOS ESTUDOS. São Paulo: CEBRAP, n.54, 1999. p. 11-26.



# EMBARGOS DE TERCEIRO

*Júlio Azzi Aprígio de Carvalho*
Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Assessor Jurídico da Justiça Federal/PE

**SUMÁRIO**

1 INTRODUÇÃO. 2 CONCEITO. 3 COMPETÊNCIA. 3.1 Carta Precatória. 3.2 Recurso Pendente de Julgamento. 4 LEGITIMIDADE. 4.1 Terceiro e Parte. 4.2 Legitimidade Ativa. 4.2.1 Caput do CPC 1.046. 4.2.2 Parágrafo 1º do CPC 1.046. 4.2.3 Parágrafo 2º do CPC 1.046. 4.2.4 Parágrafo 3º do CPC 1.046. 4.2.5 Inciso I do CPC 1.047. 4.2.6 Inciso II do CPC 1.047. 4.3 Legitimidade Passiva. 5 PRAZO. 6 VALOR DA CAUSA. 7 PETIÇÃO INICIAL. 7.1 Liminar. 8 CITAÇÃO. 9 REAÇÕES DO EMBARGADO. 10 SENTENÇA QUE NÃO RESOLVE O MÉRITO. 11 SENTENÇA QUE RESOLVE O MÉRITO. 11.1 Sentença de Improcedência. 11.2 Sentença de Procedência. 12 SUCUMBÊNCIA. 13 FUNGIBILIDADE COM EMBARGOS DO DEVEDOR. 14 CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos de propriedade e posse ostentam posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, sendo previstos, inclusive, na Constituição da República[1]. Por consistirem em garantias de fundamental importância para o convívio pacífico entre os membros da sociedade, revela-se coerente

[1] Artigos 5º, inciso XXII; e 183 da CF/88.

que a Lei lhes assegure meios eficazes de proteção contra atos judiciais injustos.

Acrescente-se o fato de não ser raro os casos em que o juiz determina a apreensão de coisa que não pertence a quem é parte no feito.

Assim, vislumbra-se com facilidade a importância do instituto objeto deste trabalho, que é utilizado de forma freqüente nos fóruns do país, principalmente no procedimento executivo, pelo proprietários e possuidores de bens, com o fim de proteger seus respectivos direitos do ataque indevido de ato constritivo judicial. Os embargos de terceiro consiste em efetivo "remédio para desembargar, desembaraçar e ou separar bens indevidamente envolvidos no processo alheio". (ARAKEN, 1154).

Extrai-se com nitidez do CPC 472 ("A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros [...]"), a *mens legis* de se resguardar a esfera jurídica de terceiro, dos atos realizados em processo do qual não é parte.

Apesar de bastante claro, tal comando do CPC não é suficiente, por si só, para expurgar por completo a possibilidade de alguém vir a ser prejudicado por decisão judicial proferida em processo do qual não participou.

Se é verdade que a coisa julgada apenas afeta as partes, o mesmo não se pode dizer das conseqüências indiretas ou reflexas da sentença, que podem atingir relações outras da parte com terceiro.

Esclarecendo melhor, não há dúvidas de que o *decisum* da sentença não será direcionado a terceiro, mas nada impede que o terceiro seja afetado de modo reflexo: um bem pertencente a terceiro estranho à relação jurídico-processual pode vir a ser atribuído ao executado em virtude de declaração falsa deste. Supondo-se que tal bem venha a ser penhorado, teremos um caso em que a sentença foi direcionada para uma





pessoa integrante da relação jurídico-processual, porém atingiu outra que não participava do processo.

A Lei permite, então, que o prejudicado instaure os embargos de terceiro (ET) e corrija o esbulho praticado pelo Poder judiciário. É que nenhum ordenamento jurídico, que dê a devida importância aos direitos de propriedade e posse, pode permitir que uma pessoa tenha seu patrimônio atingido, ainda que de modo reflexo, por ato judicial dado em processo onde nem sequer lhe foi oportunizado o contraditório e a ampla defesa.

Conforme nos ensina o Prof. Humberto Theodoro Júnior: "O processo consiste numa relação jurídica que liga entre si o autor, o réu e o Estado-juiz, de sorte que a sujeição aos efeitos dessa relação, evidentemente, não devem se fazer sentir além das pessoas que a compõem." (THEODORO JÚNIOR, 1993, p. 317)

## 2 CONCEITO

A idéia de se proteger bens de terceiro dos atos judiciais não é novidade. Já no Direito Romano existia instituto similar aos ET, com a denominação de *controversia pignoris capit*, "Tratava-se de meio eficaz, a fim de permitir ao terceiro pleitear a exclusão de bens que foram penhorados na execução de que não era parte" (CÂMARA, 2006, p. 485.).

No Direito brasileiro foi previsto inicialmente nas Ordenações Filipinas, no Livro III, Título LXXXVI, § XVII. Até que o tema passou a ser regido pelo Regulamento 737 de 25 de novembro de 1850, por sua vez sucedido pelo Código de Processo Civil de 1939 (art. 707).

Atualmente, está previsto no Livro dos Procedimentos Especiais do Código de Processo Civil, Título dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa (artigos 1.046 a 1.054).

É um meio ágil que permite que terceiro interessado, dono ou possuidor, intervenha no processo para evitar que bem seu seja atingido, indevidamente, por ato judicial de constrição.

Apesar de o nome sugerir, é assente na doutrina pátria que os embargos de terceiro não constituem forma de intervenção de terceiros. O argumento mais forte em defesa desse entendimento consiste no fato de que há uma característica comum a todas as formas de terceiro que não está presente nos ET: o fato de transformar o terceiro em parte de processo já em curso. "Ora, nos embargos de terceiro o embargante não se transforma em parte do processo executivo." (Assis, 1153).

Com efeito, "não há a pretensa **intervenção**. Consistem em outro processo cujo objeto é o pedido de exclusão de bens da constrição judicial, porque o senhor ou possuidor não foi parte no feito. Trata-se de uma ação que tem por objeto a exclusão dos efeitos de uma decisão judicial e que completa a sistemática dos limites subjetivos da coisa julgada, que não pode beneficiar nem prejudicar terceiros."(GRECO FILHO, 255)

Quanto à classificação da ação pela eficácia preponderante[2] da sentença, pode-se destacar, em relação aos ET, a eficácia constitutiva, vez que são utilizados para desconstituir um ato judicial. 'A melhor conceituação dos embargos de terceiro é portanto, a que vê nesse remédio processual uma ação de natureza constitutiva, que busca desconstituir o ato judicial abusivo..." (THEODORO JÚNIOR, 266).

Tendo em vista a natureza do direito material por ele tutelado, há quem sustente a sua inserção entre os interditos possessórios. "Na verdade os embargos assumiram natureza

[2] Já que as eficácias das sentenças não assumem caráter exclusivo, consoante Pontes de Miranda elucidara.





heterogênea no direito brasileiro. Em geral, cuida-se de uma ação possessória, caracterizada pela investida contra ato judicial..." (Assis, 1152). Posição semelhante sustenta o importante monografista do tema Luiz Felipe Silveira Defini na obra *Embargos de Terceiro*, Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 47.

Por último cumpre repisar a localização do instituto no Livro dos Procedimentos Especiais do Código de Processo Civil, Título dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa.

De todo o exposto, pode-se conclui que os embargos de terceiro têm natureza jurídica de **ação possessória de natureza constitutiva** que dá origem a um processo de conhecimento de procedimento especial.

Conforme já dito, o instituto em estudo consiste em meio ágil com o qual se permite obstaculizar ato judicial, e por isso, se faz necessário delimitar bem o seu alcance e emprego para que não seja utilizado de forma a retardar a prestação jurisdicional, o que se passa a fazer a partir dos capítulos seguintes.

## 3 COMPETÊNCIA

A relação com a ação principal de onde emanou o ato de constrição judicial é determinante para efeitos de se definir o juízo competente para apreciar os embargos de terceiro.

O Direito brasileiro adotou os critérios da teoria da Chiovenda para fixação da competência interna: objetivo (material e pelo valor da causa), territorial e funcional. Por ora, Interessa-nos este último critério, que tem lugar quando "as diversas funções necessárias num mesmo processo ou coordenadas à atuação da mesma vontade de lei são atribuídas a juízes diversos ou a órgãos jurisdicionais diversos" (CHIOVENDA, 1969, p. 187).

É o que ocorre, por exemplo, com a fixação da competência do juízo do processo principal para apreciar o feito cautelar (CPC 800); do juízo em que tramita o processo de execução para conhecer dos embargos do executado (par. único do CPC 736) e do juízo do processo de onde emanou o ato de apreensão judicial para conhecer os embargos de terceiro (CPC 1049: "os embargos serão distribuídos por dependência e correrão em autos distintos perante o mesmo juiz que ordenou a apreensão").

Vê-se, portanto, que a interposição dos embargos de terceiro deve obedecer ao critério da competência funcional (absoluta) razão porque deverão os autos ser remetidos, de ofício, ao juiz competente, quando ajuizados perante juízo incompetente, consoante o caput e parágrafo segundo do CPC 113.

Na verdade, em vez do termo "juiz", o legislador deveria ter optado por "juízo", já que a competência diz respeito ao órgão jurisdicional, e não ao magistrado. Sendo melhor ficar claro que a vinculação se dá com o juízo e não com a pessoa do juiz.

Apesar da aparente simplicidade do tema, o fenômeno da competência não é esclarecido de maneira completa pelo artigo supra transcrito. É que alguns questionamentos ficam sem resposta: qual o juízo competente no caso de ato judicial proveniente de carta precatória, deprecante ou deprecado? E no caso de processo pendente de decisão de 2º grau, seriam os embargos interpostos na primeira ou segunda instância?

### 3.1 Carta Precatória

Para elucidar a questão, ou seja, identificar qual o juízo competente entre o deprecante e o deprecado; deve-se estabelecer qual o juízo que determinou o bem que sofreria o ato de constrição. "Assim, por exemplo, tendo sido expedida carta





precatória para seqüestro de um certo bem (e o seqüestro como se sabe, incide sempre sobre coisa determinada), será competente para os embargos de terceiro o juízo deprecante." (CÂMARA, 2006, p. 492). É que, neste caso, o bem já veio individualizado desde o juízo deprecante, cabendo ao juízo deprecado somente dar efetividade ao ato.

Diferente é o que ocorre quando é expedida carta precatória para que o juízo deprecado penhore os bens que encontrar, pertencentes a alguém. Neste caso, o juízo deprecado será o competente para conhecer de eventual embargos, pois foi este que determinou o bem sobre o qual deveria recair o ato judicial.

Tal diferenciação se justifica "porque não seria adequado outorgar a um juízo competência para emitir sentenças mandamentais de censura a atos de outro juízo do mesmo grau jurisdicional" (DINAMARCO, 2004, p. 747).

Esse era o entendimento da Súmula 33 do extinto TFR, que possuía o seguinte teor: "O Juízo deprecado, na execução por carta, é o competente para julgar os embargos de terceiro, salvo se o bem apreendido foi indicado pelo juízo deprecante".

Registre-se que o assunto não é pacífico na jurisprudência, havendo corrente jurisprudencial defensora da tese de que o competente é sempre o juízo deprecante, isso por entender aplicável à tese o CPC 747.

### 3.2 Recurso Pendente de Julgamento

Seguindo-se os ditames do artigo 1.049, anteriormente reproduzido, tem-se que: pendendo o processo em grau de recurso, os embargos serão interpostos perante o juízo de primeiro grau, se fora este quem determinou o ato de constrição.

Por outro lado, quando o ato de constrição tenha se originado de providência adotada pelo próprio tribunal, os embargos de terceiro deverão ser interpostos perante este. Tal acontece, *exempli gratia*, no caso de decisão que concede efeito

ativo a agravo de instrumento, ou quando se trata de processo da competência originária do tribunal.

Nesse sentido, Rogério Marrone de Castro Sampaio: "será o tribunal o competente para conhecer os embargos de terceiro quando for dele a competência originária para a ação principal ou, então, a apreensão judicial se originar de providência por ele adotada diretamente" (2004, p. 122).

Uma última ressalva: nas hipóteses em que a União, entidade autárquica federal ou empresa pública federal assumem a posição de embargante, a competência para conhecer dos embargos de terceiro será da Justiça Federal, ainda que a ação principal tramite perante a Justiça Estadual, *ex vi* do inciso I do CF 109.

## 4 LEGITIMIDADE

É importante, antes de se analisar quem poderá manusear os embargos de terceiro, se fazer a diferenciação entre terceiro e parte.

### 4.1 Terceiro e Parte

Parte é quem figura em um dos pólos da relação jurídica processual, será terceiro todo aquele que ali não figurar.

*Ab initio*, é de se salientar que é irrelevante, para a definição de parte processual, o fato de ser a pessoa devedora ou não da obrigação objeto da execução, pois o conceito de parte é puramente processual.

Explica-se: figurar em um dos pólos da relação de direito material não é suficiente por si só para inferir-se presença na relação jurídica processual, pois a ação pode ser promovida somente contra outrem.

Nesse caso, quem, apesar de figurar no título executivo, não foi acionado judicialmente, continua ostentando a





qualidade de terceiro. Cândido Rangel Dinamarco cuida de elucidar e exemplificar o caso:

> Se a execução é movida somente ao avalista, sem incluir o emitente da nota promissória, o qual obviamente não será citado, este se reputará um *terceiro no processo executivo* e, portanto, disporá dos embargos de terceiro para livrar seus bens; dá-se o mesmo no caso de dois ou mais devedores solidários condenados a pagar, sendo a execução instaurada em face de apenas um deles. Do contrário, ficaria o credor autorizado a promover a demanda executiva em face de um apenas e depois, segundo sua conveniência, obter a penhora sobre bens do outro (2004, p. 733).

O conceito de parte na execução se identifica com o conceito de parte na fase cognitiva do processo. É quem pede e contra quem se pede a tutela jurisdicional executiva (POITTEVIN, 2006, p. 66).

*Ad summan*, impende considerar que à idéia de "terceiro", no processo, chega-se por exclusão da noção de "parte" (ASSIS, 2005, p. 1157). Então, como se disse anteriormente, terceiro é quem não for parte.

### 4.2 Legitimidade Ativa

Por questões didáticas o tema será dividido consoante os dispositivos do CPC.

#### 4.2.1 Caput do CPC 1.046

> "Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento,

> inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos." (Grifos acrescentados)

Infere-se desse artigo que quem for parte na ação, e, por conseguinte, não seja terceiro, não possui legitimidade para propor o instituto *sub examine*. Pensar ao contrário iria, certamente, de encontro à economia e utilidade processuais.

Mas a legitimidade para a utilização dos ET não advém exclusivamente desse fato, *id est*, não se deve entender que só por ser terceiro surge o interesse na causa.

É que a condição de terceiro interessado só advirá com uma constrição judicial a um bem do qual tenha a posse, ou seja, quando surgir um interesse jurídico na causa.

### 4.2.2 Parágrafo 1º do CPC 1.046

> "Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor."

Vê-se que o artigo relaciona terceiro e posse, sendo esse o direito protegido. Desse modo, podem ser interpostos os ET por quem é apenas possuidor, defendendo o direito exclusivo de posse[3]; ou pelo proprietário, defendendo seus direitos subjetivos de posse exercida à título de propriedade.

Advirta-se que "não estando o dono na posse da coisa, no mínimo mediata ou indireta, porém, a lei impede seu acesso aos embargos, restando-lhe as ações reivindicatórias e negatória, conforme o caso" (ASSIS, 2005, p. 1158).

Por fim, reitere-se que o manejo dos ET não é caso de intervenção de terceiro, à medida que o terceiro embargante não intervém no processo principal, como acontece nas modalidades de intervenção de terceiro propriamente ditas.

[3] Não por outra razão foi editada a Súmula 84 do STJ, *ad litteram*: "É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro." O promitente comprador de bem imóvel, mesmo que não haja registrado a promessa de compra e venda, e desde que investido na posse, possui legitimidade para propor a ação de embargos de terceiro (ASSIS, 2005, p. 1.159).





### 4.2.3 Parágrafo 2º do CPC 1.046

> "§ 2o Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial."

Esse parágrafo amplia as balizas impostas pelo *caput*, vez que dá autorização à própria parte, integrante da relação processual estabelecida no processo principal no qual ocorreu o ato constritivo, para embargar.

De fato, resta ampliado o leque legitimador para além do terceiro, de modo a alcançar também a parte que "em função da relação jurídica material com a coisa ou com o direito, não tem de suportar os efeitos constritivos da apreensão judicial sobre eles efetivada." (SAMPAIO, 2004, p. 58).

Podendo-se concluir

> que a qualidade de parte para embargar de terceiro guarda direta relação com a responsabilidade patrimonial do titular da coisa ou do direito atingido pelo ato de apreensão judicial. Isto é, ou seu patrimônio não responde pelo débito originador da constrição, ou, ainda que assim seja, não pode aquele determinado bem, por motivos jurídicos especiais, ser objeto de satisfação do direito discutido na ação principal. (SAMPAIO, 2004, p. 58).

### 4.2.4 Parágrafo 3º do CPC 1.046

> "§ 3o Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação."

Esse parágrafo conferiu à mulher, ou ao homem, a qualidade de terceiro quando defender a posse dos bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação. O que confirma a tese de que a mesma pessoa pode ser parte e terceiro no mesmo processo, desde que diferentes os títulos jurídicos que justificam essa ambivalência. Consoante já decidiu a 2ª Turma do STF: "a pessoa física ou jurídica pode ser simultaneamente parte e terceiro no mesmo processo, somente se são diferentes os títulos jurídicos que justificam esse duplo papel" (RE 89.802-CE, 17.10.78).

Consoante o entendimento da Súmula 134 do STJ[4], os embargos de terceiro serão cabíveis ainda que o cônjuge seja parte do processo executivo, do que se infere a sua dupla legitimidade: para discutir a dívida através da impugnação/embargos do devedor (se tratando de execução fundada em título executivo judicial ou extrajudicial respectivamente) e para embargar como terceiro (quando for proteger os bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação). Nesse sentido: STJ-5ª turma, REsp 64.021-SP, rel. Min. José Arnaldo, DJU 11.11.96, p. 43.739; RSTJ 80/51-74; STJ-RT 693/256; STJ-RT 712/292; RSTJ 46/242; RT 726/361.

Outra questão interessante exsurge por força do parágrafo 5º do CRFB/88 226[5], "compete a ambos os cônjuges a

[4] Súmula 134 do STJ: "embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação".

[5] "Os direito e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".





administração dos bens comuns" (SAMPAIO, 2004, p. 63). Partindo desse artigo constitucional, há corrente jurisprudencial partidária da tese de que os bens em comum do casal responderá, a princípio, pelas dívidas contraídas por um dos cônjuge, restando ao cônjuge prejudicado o cargo de provar que a dívida não reverteu em benefício da família para ter liberada sua meação da responsabilidade patrimonial[6]. Há, contudo, decisões em sentido inverso, isto é, no sentido de que cumpre ao credor provar que a dívida reverteu em favor da família (STJ-1ª Turma, REsp. 79.333-SP, rel. Min. Garcia Vieira, DJU 2-3-1998, p. 13).

Cumpre salientar que o companheiro ou companheira, também é legitimado para defender seus bens próprios e sua meação, mas com fundamento legal no parágrafo 2º do CPC 1.046. Isso em virtude do art. 1.725 do CC/02, que se transcreve: "Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".

### 4.2.5 Inciso I do CPC 1.047

> Art. 1.047. Admitem-se ainda embargos de terceiro:
> [...]
> I - para a defesa da posse, quando, nas ações de divisão ou de demarcação, for o imóvel sujeito a atos materiais, preparatórios ou definitivos, da partilha ou da fixação de rumos;

Em verdade, tal previsão resulta em redundância, pois a utilização dos ET com base nos casos acima descritos já en-

[6] "Consolidou-se a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a meação da mulher responde pelas dívidas do marido, salvo se ela provar não terem sido assumidas em benefício da família" (STJ - 3ª turma, REsp. 47693-3-RS, rel. Min. Costa Leite, DJU 13-3-1995, p. 5.289).

contra respaldo no próprio caput do CPC 1.046, cuja lista dos atos de apreensão judicial autorizadores da interposição dos ET é meramente exemplificativa.

### 4.2.6 Inciso II do CPC 1.047

> Art. 1.047. Admitem-se ainda embargos de terceiro:
> [...]
> II - para o credor com garantia real obstar alienação judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese.

O artigo protege os direitos reais sobre coisa alheia de garantia de que são titulares os credores hipotecários, pignoratícios e anticréticos. "Neste caso, o credor não realiza a defesa da posse, mas do seu direito de preferência, previsto no art. 1.422, caput, do CC-02 [...] o bem gravado com direito real de garantia somente pode ser penhorado por algum credor com preferência superior[7] " (ASSIS, 2005, p. 1.159)

Há forte corrente jurisprudencial, no sentido de que o sucesso dos ET dependerá da demonstração, pelo credor, de outros bens do devedor sobre os quais possa recair a penhora (STJ-3ª Turma, REsp 578.960, rel. Min Nancy Andrighi, DJU 8.11.04, p. 226; STF-RT 593/277; RT 589/115; RT 597/95).

Saliente-se ainda outro entendimento jurisprudencial que defende a viabilidade do ajuizamento dos embargos de terceiro apenas quando o credor hipotecário não tenha sido intimado da execução. Pois, "se o credor hipotecário foi notificado dos termos da execução e deixou o processo correr, sem manifestar o seu interesse, opera-se a extinção da hipoteca" RTJ 97/817; RTJ 92/1.387; RF 301/185, JTA 37/109; STF-RT 541/268).

[7] Como seria o caso do credor de crédito trabalhista.





### 4.3 Legitimidade Passiva

O CPC é omisso quanto ao tema, ficando a cargo da Doutrina, ainda de forma divergente, ressalte-se, a instituição de um critério.

Consoante Luiz Felipe Silveira Difini: "normalmente, quem tem a legitimação passiva *ad causam* para a ação especial é o exeqüente. Pode ser, porém, que o executado também deva figurar no pólo passivo, por exemplo, se foi ele que nomeou o bem à penhora ou na hipótese de dolo ou colusão entre ele e o exeqüente" (1992, p. 92)

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, entendem que "são réus na ação de embargos de terceiro as partes no processo principal (de conhecimento ou de execução), bem como aqueles que se beneficiaram com o ato de constrição" (1999, p. 1.015)

Para Araken de Assis, "parece mais razoável a tese de que só o credor, a quem aproveita o processo executivo, encontra-se legitimado passivamente, ressalvadas duas hipóteses: a) cumulação de outra ação (p. ex., negatória) contra o executado; e b) a efetiva e exclusiva participação do devedor no ato ilegal (p. ex., o devedor realizou a nomeação e, apesar da oposição do exeqüente, o juiz a deferiu)" (2005, p. 1.163)

Parece ser mais coerente este último entendimento, especialmente se levar em consideração que o ato de constrição aproveita ao credor e não ao devedor, sendo certo que quando a indicação do bem parte do executado, o credor a corrobora, seja de forma expressa ou tácita.

A participação do devedor, contudo deverá ser sempre admitida na forma de assistente, consoante o CPC 50-55 (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 267). No mesmo sentido, Tucci: "O executado, quando não estiver no pólo passivo, legitima-se ainda a ingressar no processo dos embargos, a teor

do art. 50 do CPC, como assistente simples do embargado-exeqüente" (2005, p. 58).

## 5 PRAZO

O legislador cuidou de impor um limite temporal, através de um prazo decadencial, para o oferecimento dos ET, na busca de afastar a insegurança jurídica criada pela inércia dos titulares dos direitos respectivos.

Consoante o CPC 1.048 "Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença, e, no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta".

No início do artigo é previsto o prazo quando o ato de constrição emanar de processo de conhecimento. Seu termo final se dará juntamente com trânsito em julgado da sentença. Tal regramento será observado tanto nos procedimentos especiais, como na possessória em que é dado o mandado reintegratório *in limine*, como nos caso de concessão de medida cautelar ou de antecipação dos efeitos da tutela.

Na parte final do artigo é prevista a situação em que o ato de apreensão se dá no processo de execução. Constam dois marcos, estando preclusa a faculdade do terceiro se utilizar dos ET com o primeiro que ocorrer: o transcurso de cinco dias da arrematação, adjudicação ou remição; ou a assinatura da respectiva carta.

Oportuno acrescentar, ante a lacuna legal, que

> *a carta de arrematação, adjudicação, remição etc.* só se expede quando se trata de bem sujeito a registro (imóveis, veiculos automotores – ainda n. 1.716), quanto aos demais bens o efeito de extinguir o direito aos embargos é produzido pela tradição do bem, que é o ato de efetiva transferência do domínio de coisas imóveis. (DINAMARCO, 2004, p. 748)





Outro ponto que o legislador deixou de prever foi o marco inicial do prazo decadencial no caso da apreensão que se dá após o trânsito em julgado da sentença executiva lato senso ou mandamental, que prescindem de um procedimento executivo. A doutrina entende que

> não seria razoável, nesses casos, subtrair do terceiro essa importante via processual, sob o argumento da preclusão, [...] Como reação prevalece o entendimento doutrinário de que, nesses casos, nada obsta a utilização dos embargos, contando-se o prazo de cinco dias previsto no dispositivo legal da efetiva execução da medida. (SAMPAIO, 2004, p. 124-125)

Nesse sentido há decisão do Superior Tribunal de Justiça[8].

## 6 VALOR DA CAUSA

Constitui um dos requisitos da petição inicial, conforme se infere do Código de Processo Civil, inciso V do 282; e

[8] EMBARGOS DE TERCEIRO. TEMPESTIVIDADE. AÇÃO POSSESSORIA. O TERCEIRO QUE EXERCE A POSSE SOBRE O IMOVEL OBJETO DA AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE TEM AÇÃO DE EMBARGOS PARA SE OPOR AO CUMPRIMENTO DO MANDADO, CORRENDO O PRAZO DO ART. 1.048 DO CPC A PARTIR DA DATA EM QUE FOR CUMPRIDA A ORDEM CONTRA ELE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (STJ - 4ª Turma, Resp. 112884, rel. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ 12/05/1997, p. 18.819)

cabeçalhos do 258 e 259, e deve corresponder ao benefício econômico postulado em juízo.

Nos embargos de terceiro o valor da causa deve ser o dos bens pretendidos e não o valor dado à causa onde foram eles objeto de apreensão judicial (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 268). A jurisprudência pátria entende no mesmo sentido[9].

Oportuna a ressalva da 3ª Turma do STJ a respeito do valor da causa nos ET: "não pode, entretanto, superar o valor do débito, na medida em que, no caso de eventual alienação judicial, o que ultrapassar esse valor será destinado ao embargante" (Resp. 38.239-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 10.10.94, p. 27.267).

## 7 PETIÇÃO INICIAL

"O embargante, em petição elaborada com observância do disposto no artigo 282, fará a prova sumária de sua posse e a qualidade de terceiro, oferecendo documentos e rol de testemunhas" (CPC 1.050).

Portanto, o legislador prevê que a petição inicial dos ET deve preencher os mesmos requisitos de todas as demais petições iniciais, isto é, o autor terá que indicar corretamente o juiz ou tribunal a que é dirigida; qualificar as partes; expor o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; indicar o pedido, suas especificações, o valor da causa e as provas; e requerer a citação dos réus (embargados).

Tendo em vista o objetivo do presente estudo, interessa-nos o exame apenas dos requisitos específicos dos ET.

[9] "1 - Nos embargos de terceiro, o valor da causa deve corresponder ao do bem objeto da constrição, não podendo, entretanto, exceder o valor do débito. 2 - Precedente da 2ª Seção...[..]." (STJ - 4ª Turma, Resp. 787674-PA, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 12/03/2007. p. 245).





Além dos requisitos ordinários, o legislador determina que o autor deverá fazer "prova sumária de sua posse e a qualidade de terceiro, oferecendo documentos e rol de testemunhas".

Fato é, que o embargante poderá, em vez de indicar a prova sumária de sua posse, indicar a titularidade de um dos outros direitos que também admitem proteção através dos ET. Imagine-se, por exemplo, o caso do proprietário não possuidor. Não seria razoável excluí-lo da proteção oferecida pelos embargos.[10]

Corrobora esse entendimento Gerson Fischmann, quando, ao elencar os requisitos da petição inicial dos ET, propala: dos requisitos da petição inicial, destacam-se os específicos da ação de embargos de terceiro, ou seja, a alegação da condição de terceiro, da ofensa ou ameaça à posse ou ao direito real de garantia – ou a todo e qualquer direito para os que defendem a interpretação mais elástica do cabimento dos embargos [...](FISCHMANN, 2000 , p. 258).

### 7.1 Liminar

Com a petição inicial deve o embargante trazer documentos: certidões, escrituras, mapas, pareceres técnicos; e arrolar testemunhas. Estas serão úteis caso o juiz entenda insuficientes os elementos documentais acostados à inicial. É que o parágrafo primeiro do CPC 1.050 faculta "a prova da posse em audiência preliminar designada pelo juiz".

Assim, se os elementos documentais carreados são suficientes para convencer o juiz da posse e da qualidade de terceiro, ele "deferirá liminarmente os embargos e ordenará a expe-

[10] "POSSUINDO O TERCEIRO PREJUDICADO O REGISTRO DO IMOVEL, E PROPRIETARIO, TENDO INESCUSAVEL INTERESSE (LEGITIMIDADE AD CAUSAM)." (STJ - 3ª Turma, AGA – 88561-AC, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 17/06/1996, p. 21.488)

dição de mandado de manutenção ou de restituição em favor do embargante [...]" (CPC 1.051). Ao contrário, não entendendo suficientes as provas já produzidas, o magistrado poderá determinar a instauração de audiência preliminar com o objetivo de permitir ao embargante fazer prova de sua posse.

Em se deferindo a liminar, com ou sem a audiência de justificação, o juiz deverá condicionar sua execução à prestação de caução pelo embargante, *ex vi* da parte final do CPC 1.051, in verbis: "que só receberá os bens depois de prestar caução de os devolver com seus rendimentos, caso sejam a final declarados improcedentes".

Na doutrina, com razão, há quem defenda a facultatividade da caução:

> Impõem-se muitos temperamentos à inteligência deste dispositivo. Inicialmente, convém sublinhar o caráter facultativo da providência. Ao Juiz é dado liberar em contrário [...] o juiz avaliando a oportunidade e a necessidade da medida, poderá dispensá-la. Do contrário, o terceiro hipossuficiente que, nada obstante, sofreu ilegal e injusta agressão no seu patrimônio mediocre, restará impossibilitado de reaver a posse do bem. (ASSIS, 2005, p. 1.171).

Em suma, em apreciação inicial dos embargos, o juiz poderá: a) conceder liminarmente o mandado de manutenção ou reintegração de posse em favor do embargante (CPC 1.051, *ab initio*); b) designar instauração de audiência preliminar para fins de comprovação do alegado na inicial (CPC 1.050, § 1º); c) determinar emenda à inicial (CPC 284); d) indeferir a petição inicial (CPC 295); e) indeferir o pleito liminar, e, nada obstante, admitir a causa para discussão (já que a negativa da tutela liminar não implica por si só no indeferimento da petição inicial).





## 8 CITAÇÃO

Já que se trata de ação autônoma impõe-se a citação do embargado, que via de regra, é realizada através do correio (CPC 222).

Há, contudo, precedentes judiciais que entendem não haver razão para ser mais rigoroso com os ET do que com a reconvenção, oposição ou habilitação, casos análogos de ações incidentais. Razão porque a diligência poderia se cumprir através de intimação do advogado do embargado ou embargados no processo principal (*RTJ*, 94/631; *RT* 489/141; *Revista AMAGIS* 11/223).

De outra sorte posiciona-se Cândido Rangel Dinamarco: "Nada dispondo o Código de Processo Civil sobre a citação dos embargados na (sic) pessoas de seus defensores, prepondera a regra geral da *citação direta*, inclusive porque esta é a mais segura quanto à efetividade da ciência à parte e porque, segundo a lei, em princípio o advogado só tem poderes para receber citação quando expressamente outorgados" (2004, p. 753).

O STJ, seguindo a mesma linha, tem entendido que a intimação feita aos advogados através da imprensa não é suficiente, nem se feita pessoalmente aos patronos dos embargados[11].

Contudo, levando-se em consideração o princípio da instrumentalidade, e aproveitando-se o entendimento dos precedentes citados, não haveria óbice em se admitir a citação na pessoa do advogado devidamente constituído no processo principal, desde que este possua poderes para tal.

[11] "Não discrepam as Turmas que compõem a Seção de Direito Privado no sentido de que se impõe a citação no processo de embargos de terceiro, não valendo como tal a intimação feita aos advogados da parte embargada por meio do Diário de Justiça." (STJ - 3ª Turma, Resp. 604028-SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 22.08.2005, p. 262).
"Esta Corte entende necessária a citação pessoal no processo de embargos de terceiro, não sendo suficiente a citação feita na pessoa de um dos advogados da embargada. Precedentes." (STJ - 4ª Turma, Resp. 782889-SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 01.02.2006 p. 571).



BIBLIOTECA DA ESMAPE

## 9 REAÇÕES DO EMBARGADO

Normalmente, contra as ações que tramitam no rito ordinário, o sujeito integrante do pólo passivo pode manifestar-se de três modos: contestação, exceção e reconvenção (CPC 297).

Nos ET, por força do CPC 1.053[12], e sob o argumento de que a participação do embargado deve se limitar a defender a manutenção do ato judicial combatido, a doutrina entende só ser cabível as duas primeiras formas de reação: "Nos embargos de terceiro, ao invés, admitem-se apenas as duas primeiras atitudes – contestação e exceção -, a teor do art. 1.053" (ASSIS, 2005, p. 1.177).

Regularmente citado, o embargado terá dez dias para apresentar resposta em forma de contestação ou exceção. "Após esse decêndio, no silêncio do demandado, incide a regra do art. 803, que prevê a precipitação dos efeitos material e processual da revelia, determinando ainda que o juiz profira decisão no prazo de 5 (cinco) dias" (TUCCI, 2005, p. 62).

Sendo um procedimento simplificado, peculiar, e de cognição sumária[13], é de se salientar a redução das alternativas de defesa, que deve se dirigir apenas ao ato de constrição judicial atacado. Conforme lição de Rogério Marrone de Castro Sampaio

> [...] além das questões processuais comuns às demais demandas, fica o embargado limitado às impugnações que digam respeito aos pressupostos de admissibilidade dos embargos [...] Em outras palavras, é possível ao réu discutir a qualidade de terceiro do embargante, a natureza do ato de apreensão judicial perpetrado e, por fim, a titularidade, por parte do embargante, dos direitos passíveis de proteção por esta via processual. Quanto a este último aspecto, torna-se relevante tanto a discussão a respeito da posse quanto do domínio dos bens atingidos pelo ato de constrição. (2004, p. 140).

Consoante entendimento do STJ (Súmula 195)[14], não se admite por embargos de terceiro a anulação de ato jurídico praticado em fraude contra credores, vez que a defesa do ato de apreensão judicial, com base no reconhecimento de fraude contra credores, ampliaria sobremaneira o estrito objeto de conhecimento dos embargos de terceiro, o que iria de encontro ao seu apanágio de sumariedade.

Outra limitação à defesa do embargado, desta feita imposta pela lei (CPC 1.054), diz respeito aos ET promovidos por credor com garantia real. Nesse caso só poderá ser alegada como matéria de defesa que: "I - o devedor comum é insolvente; II – o título é nulo ou não obriga a terceiro; III – outra é a coisa dada em garantia".

Atente-se para o fato de que o artigo restritivo mencionado acima não impede eventual propositura de ação plenária, de rito ordinário, para se discutir outras questões. Pensar o contrário seria aceitar a fulminação do direito material subjacente, por norma de índole meramente processual, o que decerto não era a intenção do legislador. Ademais, conforme já decidido pelo STJ, deve ficar estreme de dúvidas que a falta de interposição dos ET não prejudica o direito material que, repita-se, poderá ser defendido em ação do rito ordinário[15].

[12] "Os embargos poderão ser contestados no prazo de dez dias, findo o qual proceder-se-á de acordo com o disposto no artigo 803.".

[13] "Incidentalmente, o art. 1.054 comprova o caráter sumário da cognição do juiz nos embargos de terceiro. Ficam algumas exceções, por assim dizer, 'reservadas' para o eventual processo plenário posterior." (ASSIS, 2005, p. 1.176)

[14] "Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores."

[15] "OS EMBARGOS DE TERCEIRO PREJUDICADO VISA TÃO SOMENTE A QUE NÃO SE DISCUTA DIREITO PROPRIO SEM UM PROCESSO ONDE NÃO FIGUROU COMO PARTE. E MERA FACULDADE PROCESSUAL QUE A LEI LHE CONFERE. A SUA NÃO UTILIZA-

Após o decurso do prazo para apresentar resposta (10 dias), com ou sem apresentação de contestação ou exceção, como já mencionado acima, proceder-se-á com o procedimento mesmo das medidas cautelares, prescrito no artigo 803 da lei adjetiva civil.

## 10 SENTENÇA QUE NÃO RESOLVE O MÉRITO

A sentença terminativa, ou seja, a que não resolve o mérito da causa, tem lugar quando faltar algum pressuposto para o julgamento *de meritis*. Isto é, há algum obstáculo que impede que o julgador realize o acertamento de direitos, o que ocorre, *exempli gratia*, quando: os ET forem interpostos fora do prazo; houver pedido de desistência, a parte não estiver assistida por advogado, a petição inicial for inepta, estiver ausente alguma das condições da ação ("possibilidade jurídica, legitimidade das partes e o interesse processual"[16]), dentre outros casos elencados no CPC 267.

Sublinhe-se que receberá sentença terminativa o processo dos ET quando se extinguir o processo no qual teve origem o ato de constrição, vez que, nesse caso ocorrerá ausência superveniente de uma das condições da ação, o interesse processual, já que a moléstia à posse do embargante cessará automaticamente com a extinção do processo principal.

## 11 SENTENÇA QUE RESOLVE O MÉRITO

A sentença definitiva é a que resolve o mérito. Nesse caso a discussão que envolve os direitos das partes será resolvida, a cada um será dado o que de direito. "O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor" (CPC 459).

ÇÃO NÃO PREJUDICA O DIREITO MATERIAL EXISTENTE QUE PODERA VIR A SER DISCUTIDO EM AÇÃO ORDINARIA PROPRIA." (STJ - 3ª Turma, AGA - 88561-AC, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 17/06/1996, p. 21.488)

[16] CPC 267, VI.





### 11.1 Sentença de Improcedência

A sentença meramente declaratória[17] de improcedência dos embargos de terceiro não liberará o bem constrito, ao contrário, "tem o efeito de liberar a eficácia do titulo executivo e portanto permitir que a execução prossiga como se os embargos não houvessem sido opostos [...]" (DINAMARCO, 2004, p. 757).

### 11.2 Sentença de Procedência

Para classificarmos a sentença de procedência em relação à carga preponderante de seu conteúdo, faz-se necessário, primeiramente identificar qual classificação será levada em consideração. Já que há divergências doutrinárias a respeito do assunto, havendo duas correntes de maior relevo:

A primeira classifica as sentenças de procedência em cinco tipos, meramente declaratória, constitutiva, condenatória, executiva lato senso e mandamental. Esta é a posição, dentre outros, de Pontes de Miranda[18].

Outra corrente restringe a classificação em três tipos: meramente declaratória, constitutiva e condenatória. Sendo que alguns autores incluem as executivas e mandamentais no gênero condenatórias: "pois que o conceito de sentença condenatória é amplo o suficiente para incluí-las." (Câmara, 2006, p. 454).

[17] "[...] uma vez que a sentença que rejeita o pedido do autor (dita 'sentença de improcedência' ou de 'rejeição') será, sempre, meramente declaratória da inexistência do direito afirmado pelo autor" (CÂMARA, 2005, p. 441)

[18] (1959, p. 88-93).

Levando-se em consideração a classificação quinária, é de se ressaltar a força mandamental, "trata-se, como é óbvio, da eficácia principal do pronunciamento, sem prejuízo de outros efeitos" (ASSIS, 2004, p. 1.181). "A sentença de procedência do pedido formulado nos embargos de terceiro tem, em regra, natureza preponderantemente mandamental, determinativa do desfazimento do ato processual atacado." (TUCCI, 2005, p. 64). Nesse sentido já se posicionou o STJ[19].

Tendo em vista a espécie de tutela por ele buscada, é possível também identificar uma forte carga constitutiva na sentença de procedência dos ET, o que confirma a tese de que, excetuando-se as meramente declaratórias, as sentenças podem possuir conteúdos de diferentes naturezas em diferentes intensidades.

Alexandre Freitas Câmara, que adota a classificação tripartite, entende que sendo os embargos propostos posteriormente à apreensão judicial do bem, a sentença de procedência seria constitutiva, vez que o pedido formulado é de desconstituição de ato judicial. Por outro lado, se os embargos fossem ajuizados de forma preventiva, sua sentença teria conteúdo condenatório, já que conteria ordem para que não fosse efetivada a constrição judicial do bem do terceiro:

> Sendo os embargos posteriores à apreensão judicial do bem, a sentença de procedência é, a nosso juízo, constitutiva. Isto porque o pedido ali formulado é de desconstituição da situação processual criada pela apreensão judicial do bem. A sentença de procedência irá, então, desconstituir a constrição judicial pendente e, por conseguinte, deve ser tida como constitutiva. Já no que se refere à sentença de procedência do pedido nos embargos de terceiro preventivos, como já afirmado, o que se tem é a prestação de tutela jurisdicional inibitória, preventiva do ato ilícito. Por tal razão, mais bem se inclui essa sentença, a nosso juízo, entre as condenatórias. Isto porque a sentença conteria a ordem para que não se efetivasse a constrição judicial do bem do terceiro. A sentença inibitória, como já afirmado anteriormente, é por nós considerada condenatória, o que nos leva a inserir entre as sentenças dessa categoria a de procedência dos embargos de terceiro que tenham finalidade preventiva. (CÂMARA, 2006, p. 496).

[19] "PROCESSUAL CIVIL - MANDAMENTALIDADE DOS EMBARGOS DE TERCEIRO - AÇÃO DE FICACIA MANDAMENTAL DIRIGIDA CONTRA ATO CONSTRITIVO DO JUIZO. I - NA EXEGESE DO ARTIGO 1046 DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL, A JURISPRUDENCIA, ACOLHENDO LIÇÃO DOUTRINARIA, DEFINIU QUE OS EMBARGOS DE TERCEIRO SÃO CONTRA ATO CONSTRITIVO DO JUIZ E DELES (EMBARGOS) NÃO PODE USAR QUEM SEJA PARTE EM DEMANDA, NOS AUTOS DA QUAL O ATO JUDICIAL DEU ENSEJO A AÇÃO DO TERCEIRO." (STJ - 3ª Turma, Resp. 38.881, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 07/02/1994 p. 1.179)





Devidamente classificado o *decisum*, resta salientar que a procedência do pedido nos ET tem como efeito liberar os bens em nome dos quais os embargos foram promovidos; ou parte deles, se a sentença for de procedência parcial. Mas o processo principal continuará seu curso, podendo a execução prosseguir sobre outros bens do patrimônio do executado.

Por último, mas não menos importante, cumpre lembrar que contra a sentença nos ET, igualmente como ocorre com as outras sentenças, é cabível recurso de apelação. A ser recebido no duplo efeito (devolutivo e suspensivo), vez que esta sentença, independentemente de ser de procedência, improcedência, ou não resolutória do mérito, não se enquadra em nenhuma das hipóteses excepcionais do CPC 520. Outrossim, se presente alguma das hipóteses do CPC 535, caberá o recurso de embargos de declaração.

## 12 SUCUMBÊNCIA

No caso de improcedência dos embargos, não há maiores dificuldades de atribuir o ônus sucumbencial ao embargante, por força da regra do CPC 20, que consagra o princípio da causalidade, *ad litteram*: "A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios [...]"

Por outro lado, quando os ET são procedentes, há que se ter uma maior cautela na identificação do devedor das verbas sucumbenciais. A regra do CPC 20 não pode ser automaticamente aplicada nesse caso.

Basta pensar na hipótese em que o embargado não deu causa à constrição do bem, como ocorre quando o oficial de justiça penhora bem de terceiro sem nenhuma participação do exeqüente. Nesse caso, e desde que o embargado reconheça a pretensão formulada pelo embargante nos ET, não seria razoável imputar as verbas sucumbenciais a quem nunca contribuiu para a apreensão irregular. Nesse sentido, confira aresto do STJ:

> Processual civil. Embargos de terceiro. Procedência. Custas processuais. Condenação do embargado ao seu pagamento. Descabimento, no caso. I. Se a penhora do bem pertencente a terceiro foi efetivada pelo Oficial de Justiça, sem qualquer participação ou indicação do bem pelo exeqüente, que concordou com a desconstituição do ato constitutivo, não há como condená-lo ao pagamento das custas processuais, ainda que pela metade. II. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – 3ª Turma, Resp. 12.5359-MG, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 13.11.2000, p. 141)

Há de ser cogitar também da possibilidade da indicação indevida do bem partir do executado no processo princi-





pal. Nesse caso, e admitindo-se que o executado possa figurar no pólo passivo dos ET[20], conclui-se pela sua responsabilidade pelos ônus sucumbenciais.

O enunciado da Súmula 303 do STJ vem corroborar essa linha de raciocínio: "Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios".

## 13 FUNGIBILIDADE COM EMBARGOS DO DEVEDOR

A jurisprudência do STJ entende que os ET interpostos erroneamente no lugar dos embargos do executado, devem ser convertidos, desde que haja dúvida escusável à respeito da via processual adequada e seja obedecido o prazo para interposição dos embargos de terceiro (RJSTJ, 11(103)/129).

Na verdade, a único obstáculo que deve ser oponível à conversão do procedimento deveria ser o prazo. Pois o *nomen iuris* outorgado pelo embargante ao meio utilizado não modifica sua natureza jurídica. A qualidade do embargante e os elementos objetivos do remédio é que identificam uma ou outra demanda. Ademais é patente a dificuldade de se distinguir entre parte e terceiro no processo executivo (ASSIS, 2005, p. 1.162).

## 14 CONCLUSÕES

Os embargos de terceiro, freqüentes nos fóruns do país, dão um maior alcance e força para os princípios do contraditório e segurança jurídica, quando permitem que estranho à relação processual original se manifeste em defesa de direito seu.

[20] Cf. posição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery no item 4.3 'legitimidade passiva' deste trabalho.

Asseguram o caráter judicioso da decisão, que deve estar presente em todos os atos do magistrado. Pois servem como meio fiscalizador, combatendo a inevitável falibilidade humana, eventualmente presente em uma determinação judicial; e como instrumento inibidor de ardilezas que devem ser expurgadas de toda relação jurídica, como a indicação, à constrição judicial, de bem que não pertença ao nomeante.

Por outro lado, por consistir em um meio bastante ágil e eficiente de obstaculizar a concretização da decisão judicial, afinal este é o seu desígnio primordial, revelado pelo seu próprio nome, os embargos de terceiro devem ser manejados em respeito às dimensões objetiva e subjetiva do princípio da boa-fé, e com observância dos pressupostos processuais e condições da ação expostos neste trabalho, sob pena de se ter corrompida a função almejada pela Lei.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. 1

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 3

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3 ed. Trad. bras. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Embargos de terceiro**. Rio de janeiro: Aide, 1992.





DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. . São Paulo: Malheiros, 2004. v.4

FISCHMANN, Gerson. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GERAIGE NETO, Zaiden. Os embargos de terceiro e seu alcance tutelar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 758, p. 85-88, dez./1998.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2005. V. 3

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. Tomo IV

NEGRÃO, Theotônio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson; Rosa Maria Andrade Nery. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson; Rosa Maria Andrade Nery. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. **DOS embargos de terceiro**. São Paulo: Atlas, 2002.

POITTEVIN, Ana Laura Gonzáles. Embargos de terceiro e tercería de domínio: semelhanças e contrastes (um estudo comparativo do direito brasileiro e uruguaio). **Revista de Processo**, São Paulo, n. 137, p. 65-86, jul./ 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Embargos de terceiro**. São Paulo: Atlas, 2004.

SILVA, Bruno Freire e. embargos de terceiro preventivos e a necessária suspensão dos atos de constrição na execução. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 137, p. 187195, jul./2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 3

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3

TUCCI, José Rogério Cruz e. embargos de terceiro: questões polêmicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 833, p. 54-65, mar./2005.



# A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA: UMA VISÃO GERAL

*Leonardo André Paixão*
Formado em Direito pela Faculdade de Direito da USP e doutor em Direito do Estado pela mesma instituição. Foi professor universitário em São Paulo e é professor de pós-graduação (MBA) da Fundação Getúlio Vargas - FGV, em Brasília. É membro da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Atualmente ocupa o cargo de Secretário de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social.

## SUMÁRIO

1 BREVE HISTÓRIA DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NO BRASIL. 2 INSERÇÃO DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA. 3 ANÁLISE DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. 4 INTRODUÇÃO ÀS LEIS COMPLEMENTARES N.º 108 E N.º 109, AMBAS DE 29 DE MAIO DE 2001. 5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. 6 O PAPEL DO ESTADO. 7 O CONSELHO DE GESTÃO DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CGPC. 8 A SECRETARIA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. 9 AS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. 10 OS PATROCINADORES. 11 OS INSTITUIDORES. 12 OS PARTICIPANTES E OS ASSISTIDOS. 13 AS RELAÇÕES JURÍDICAS NO ÂMBITO DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. 14 O ESTATUTO DAS ENTIDADES FECHADAS. 15 O REGULAMENTO DO PLANO DE BENEFÍ-

CIOS. 16 O CONVÊNIO DE ADESÃO E O termo de adesão. 17 A INSCRIÇÃO DO PARTICIPANTE. 18 EXTINÇÃO DE PLANO E RETIRADA DE PATROCÍNIO. 19 SEGURO. 20 REGIME DISCIPLINAR. 21 REGIMES ESPECIAIS.

## 1 BREVE HISTÓRIA DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NO BRASIL

### a) Primeira fase (anterior à legislação específica sobre o tema)

A primeira entidade destinada ao oferecimento de benefícios que hoje seriam considerados típicos da previdência complementar foi a PREVI (CAPRE à época), criada em 1904 por um grupo de empregados (52) do Banco da República do Brasil sob a forma de associação *"cujo fim é exclusivamente garantir o pagamento de uma pensão mensal ao herdeiro do funcionário que dela fizer parte, na forma estabelecida pelos presentes Estatutos"*.

Ainda antes da primeira lei sobre a previdência complementar, surgiram algumas entidades, como por exemplo a Fundação Petrobrás de Seguridade Social – PETROS (1970) e a Fundação CESP (1974).

Neste primeiro momento, a previdência complementar é um fenômeno tipicamente associado à grande empresa, e sobretudo à grande empresa estatal.

### b) Segunda fase (Lei n.º 6.435/77)

A Lei n.º 6.435, de 15 de julho de 1977, foi aprovada em um contexto de fomento ao mercado de capitais por parte do poder público. Seu objetivo foi disciplinar os fundos de pensão enquanto entidades captadoras de poupança popular, estimulando seu crescimento de modo que pudessem canalizar investimentos para aplicações em Bolsa de Valores. A norma





veio no mesmo ambiente da reformulação da legislação sobre sociedades anônimas (Lei n.º 6.404/76, que substituiu a Lei das S.A. de 1940).

### c) Terceira fase (modernização da legislação)

O movimento de modernização da legislação que rege a previdência complementar teve início com a Emenda Constitucional n.º 20, de 15.12.1998. Esta emenda deu nova redação ao art. 202 da CF, que tratava de outro tema, dedicando-o inteiramente à previdência complementar. Fez-se a opção por disciplinar a previdência complementar dentro do título da Ordem Social da CF.

A nova redação do art. 202 da CF exigiu a elaboração de duas leis complementares. Uma, prevista no *caput* do dispositivo constitucional, que traz normas gerais sobre a previdência complementar, e que veio a ser a Lei Complementar n.º 109, de 29 de maio de 2001; e outra, prevista no § 4º do art. 202, contendo normas específicas para disciplinar "a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar", e que veio a ser a Lei Complementar n.º 108, de 29 de maio de 2001.

Completando o ciclo de aprimoramento da legislação, a Emenda Constitucional n.º 40, de 29.05.2003, que deu nova redação ao artigo que trata do sistema financeiro nacional (art. 192), suprimiu do dispositivo, que integra o Título da Ordem Econômica da CF, a referência a "seguros, previdência e capitalização". De um ângulo constitucional, portanto, a previdência complementar é hoje tema claramente inserido no campo social.

Entretanto, a dualidade que marca a previdência complementar permanece, pois embora a ênfase constitucional esteja em sua atividade fim (pagamento de benefícios de caráter previdenciário), não deixa de ser importante a sua atividade meio (investimento dos recursos acumulados com o objetivo de multiplicar o capital destinado a suportar o pagamento do benefícios).

Por fim, recorde-se ainda que a Emenda Constitucional n.º 41, de 19.12.2003, deu nova redação ao art. 40 da CF. Nos parágrafos 14 a 16 deste artigo está estabelecida a possibilidade de criação, por lei ordinária, de um regime de previdência complementar para o servidor público. No âmbito federal esta lei ainda não foi feita.

## 2 INSERÇÃO DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A Constituição brasileira prevê a coexistência de **três regimes de previdência**.

De um lado, há duas modalidades de regimes públicos e obrigatórios: o *regime geral de previdência social*, operado pelo INSS, e destinado aos trabalhadores da iniciativa privada, aos servidores de entes federativos que não criarem regimes próprios e aos empregados públicos, e *os regimes próprios de previdência* destinados aos servidores titulares de cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e de cerca de 2.200 Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

De outro lado, há o *regime de previdência complementar*, privado e facultativo, operado por entidades abertas de previdência complementar (ou seguradoras autorizadas a operar





no ramo vida) e por entidades fechadas de previdência complementar (também conhecidas como fundos e pensão).

**QUADRO 1 - Regimes de previdência: principais características**

| | REGIMES DE PREVIDÊNCIA | | | |
|---|---|---|---|---|
| | Regime Geral | Regimes Próprios | Previdência Complementar | |
| | | | Aberta | Fechada |
| Base constitucional | art. 201 | art. 40 | art. 202 | art. 202 |
| Operado por | Autarquia federal (INSS) | Órgãos ou entidades da Administração pública direta ou indireta | Sociedades anônimas (fins lucrativos) (*) | Fundações privadas / sociedades civis (fins não lucrativos) |
| Natureza | público | público | privada | privada |
| Instituição | instituído por lei | instituído por lei | contratual | contratual |
| Filiação | obrigatória | obrigatória | facultativa | facultativa |
| Abrangência | pessoas não abrangidas pelos regimes próprios | servidores titulares de cargo efetivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios que têm regime próprio (cerca de 2200) | cerca de 7.000.000 de planos individuais e 150.000 planos empresariais | 1.780.000 participantes ativos<br>580.000 assistidos<br>4.200.000 beneficiários |
| Fiscalização | MPS / SPS | MPS / SPS | MF / Susep | MPS / SPC |

(*) - exceção: LC 109/01, art. 77, § 1º

## 3 ANÁLISE DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

A principal disposição constitucional sobre a previdência complementar é o art. 202.

> "**Art. 202.** O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar." (*redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98*).

Pelo *princípio da transparência*, sendo o destinatário final dos recursos capitalizados, o participante tem direito de conhecer todos os aspectos que envolvem a administração do plano de previdência a que aderiu (investimentos, despesas administrativas).

A poupança previdenciária do participante é acumulada em um determinado *plano de benefícios de caráter previdenciário*, que por sua vez é administrado por uma entidade de previdência complementar. A entidade pode administrar um ou mais planos de benefícios, e neste último caso eles terão necessariamente *independência patrimonial*. Os eventos (positivos ou negativos) que afetarem um plano não podem causar impacto financeiro para os participantes de outro plano, ainda que ambos sejam administrados pela mesma entidade de previdência privada. A entidade de previdência jamais pode ser considerada "dona" do capital acumulado no plano ou planos que administra.

"**§ 2º** As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei." (*redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98*).

O regime de previdência privada é autônomo também em relação ao contrato de trabalho do participante com seu empregador. Isto significa que:

- a relação de um participante com um plano de previdência pode começar, perdurar e se extinguir de forma autônoma em relação a seu contrato de trabalho;





- a celebração de contrato de trabalho não implica adesão automática do empregado ao plano de previdência patrocinado pelo empregador
- a relação civil-previdenciária entre participante, patrocinador e entidade de previdência complementar não se confunde com a relação trabalhista entre empregado e empregador;
- as contribuições que o empregador fizer ao plano previdenciário, em favor de todos os seus empregados que forem participantes do referido plano, não serão consideradas salário indireto;
- as reservas acumuladas em favor de um participante não são computadas como remuneração quando da rescisão do contrato de trabalho;
- somente quando o participante (ou seu dependente) passar a receber um benefício, ou quando romper o vínculo com o plano e resgatar os valores ali acumulados, os valores recebidos serão considerados renda, inclusive para fins tributários.

"**§ 3º** É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado." (*parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98*).

O *patrocinador* é a pessoa que contribui para a constituição das reservas destinadas a garantir o pagamento de benefícios a seus empregados ou servidores. A condição de patrocinador de um plano de benefícios é formalizada mediante a celebração de um contrato com a entidade de previ-

dência, contrato este denominado "*convênio de adesão*". A Administração direta ou indireta, federal, estadual, distrital ou municipal, somente poderá aportar recursos para um plano de previdência complementar se assumir a qualidade de patrocinador. Sua contribuição normal será, no máximo, igual à soma das contribuições normais dos segurados (isto é, os participantes e os assistidos). É a chamada *paridade contributiva*.

"**§ 4º** Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada." (*parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98*).

A lei complementar a que se refere este parágrafo é a Lei Complementar n.º 108, de 29 de maio de 2001. As entidades de previdência privada de que tratam os §§ 3º a 6º deste artigo são, necessariamente, entidades fechadas.

As *entidades abertas de previdência complementar* são organizadas, salvo poucas exceções, sob a forma de sociedade anônima (portanto com finalidade lucrativa), e são chamadas "abertas" porque acessíveis a qualquer pessoa física (LC 109/01, art. 36 e art. 77, § 1º).

As *entidades fechadas de previdência complementar*, também conhecidas como *fundos de pensão*, são organizadas sob a forma de sociedade civil ou fundação, necessariamente sem finalidade lucrativa, e são chamadas "fechadas" porque acessíveis apenas a indivíduos integrantes de um grupo:

- empregados de uma empresa ou grupo de empresas (LC 109/01, art. 31, I);
- servidores públicos (LC 109/01, art. 31, I);
- associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial (LC 109/01, art. 31, II).





"**§ 5º** A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada." (*parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98*).

Se concessionárias e permissionárias são empresas privadas, portanto pessoas que não integram a Administração Pública, a aplicação a elas da norma especial feita para entidades de previdência com patrocínio estatal é hipótese excepcional.

Portanto, aplica-se a LC 109/01 às relações entre empresas privadas permissionárias ou concessionárias de serviços públicos e entidade fechada de previdência complementar, ressalvados os casos previstos na norma administrativa que dispõe sobre a matéria, por delegação do art. 26 da LC nº 108/01.

"**§ 6º** A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação." (*parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98*).

A entidade fechada de previdência complementar com patrocinador integrante da Administração pública tem estrutura organizacional determinada pelos artigos 8º a 23 da LC 108/01. A disposição deste parágrafo é a adaptação da

gestão compartilhada estabelecida para a previdência social pelo art. 194, parágrafo único, inciso VII da CF. Mas as entidades fechadas de previdência complementar são pessoas jurídicas de direito privado, e mesmo quando há, nos seus órgãos de governança, representantes indicados pelo Estado, esta presença não decorre de prerrogativa do Poder Público, mas do papel de patrocinador assumido pelo ente estatal.

## 4 INTRODUÇÃO ÀS LEIS COMPLEMENTARES N.º 108 E N.º 109, AMBAS DE 29 DE MAIO DE 2001

A Lei Complementar n.º 109/01 é a norma geral que dispõe sobre o regime de previdência complementar, e regulamenta o art. 202, *caput* da CF. É dividida em oito capítulos, que contêm disposições introdutórias (capítulo I), regras sobre planos de benefícios (capítulo II), sobre entidades fechadas e abertas de previdência complementar (capítulos III e IV), sobre a fiscalização destas entidades (capítulo V), sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial das entidades de previdência complementar (capítulo VI), sobre o regime disciplinar (capítulo VII), e ainda disposições gerais sobre o regime de previdência complementar (capítulo VIII).

A Lei Complementar n.º 108/01, por sua vez, é a norma regulamentadora a que se refere o § 4º do art. 202 da CF, e traz regras especiais sobre entidades fechadas de previdência complementar patrocinadas pela Administração pública direta e indireta (LC 108/01, art. 1º). Sendo norma especial, prevalece sobre a norma geral em seu âmbito de validade (LC 108/01, art. 2º). Basicamente, a Lei Complementar n.º 108/01:

- cria normas especiais sobre o *custeio* dos planos de benefícios com patrocínio estatal;
- estabelece de forma mais pormenorizada a *composição dos órgãos estatutários* das entidades fechadas de previdência complementar abrangidas por suas disposições; e
- estabelece regras específicas sobre sua *fiscalização*.





## 5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

De início, cabe lembrar a distinção entre regras e princípios. Os princípios distinguem-se das regras jurídicas porque são versados em *linguagem mais genérica*, são mais *abrangentes, direcionam o intérprete* na aplicação das regras, e são *relativizados por outros princípios*. Esta última característica significa que, ao contrário das regras, em que o conflito se resolve pela derrogação de uma norma e aplicação integral de outra, os princípios, ainda que incompatíveis, precisam ser aplicados simultaneamente, de forma relativizada, ora prevalecendo um, ora o outro, de acordo com a situação concreta.

São *princípios constitucionais* que regem a previdência complementar:

- regulamentação reservada à lei complementar;
- autonomia da vontade (natureza contratual);
- autonomia em relação ao regime geral de previdência;
- autonomia em relação ao contrato de trabalho;
- transparência para o participante;
- constituição de reservas em regime de capitalização;
- limitação à contribuição do patrocinador de plano com patrocínio estatal;
- presença dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão.

gestão compartilhada estabelecida para a previdência social pelo art. 194, parágrafo único, inciso VII da CF. Mas as entidades fechadas de previdência complementar são pessoas jurídicas de direito privado, e mesmo quando há, nos seus órgãos de governança, representantes indicados pelo Estado, esta presença não decorre de prerrogativa do Poder Público, mas do papel de patrocinador assumido pelo ente estatal.

## 4 INTRODUÇÃO ÀS LEIS COMPLEMENTARES N.º 108 E N.º 109, AMBAS DE 29 DE MAIO DE 2001

A Lei Complementar n.º 109/01 é a norma geral que dispõe sobre o regime de previdência complementar, e regulamenta o art. 202, *caput* da CF. É dividida em oito capítulos, que contêm disposições introdutórias (capítulo I), regras sobre planos de benefícios (capítulo II), sobre entidades fechadas e abertas de previdência complementar (capítulos III e IV), sobre a fiscalização destas entidades (capítulo V), sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial das entidades de previdência complementar (capítulo VI), sobre o regime disciplinar (capítulo VII), e ainda disposições gerais sobre o regime de previdência complementar (capítulo VIII).

A Lei Complementar n.º 108/01, por sua vez, é a norma regulamentadora a que se refere o § 4º do art. 202 da CF, e traz regras especiais sobre entidades fechadas de previdência complementar patrocinadas pela Administração pública direta e indireta (LC 108/01, art. 1º). Sendo norma especial, prevalece sobre a norma geral em seu âmbito de validade (LC 108/01, art. 2º). Basicamente, a Lei Complementar n.º 108/01:

- cria normas especiais sobre o *custeio* dos planos de benefícios com patrocínio estatal;
- estabelece de forma mais pormenorizada a *composição dos órgãos estatutários* das entidades fechadas de previdência complementar abrangidas por suas disposições; e
- estabelece regras específicas sobre sua *fiscalização*.





## 5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

De início, cabe lembrar a distinção entre regras e princípios. Os princípios distinguem-se das regras jurídicas porque são versados em *linguagem mais genérica*, são mais *abrangentes, direcionam o intérprete* na aplicação das regras, e são *relativizados por outros princípios*. Esta última característica significa que, ao contrário das regras, em que o conflito se resolve pela derrogação de uma norma e aplicação integral de outra, os princípios, ainda que incompatíveis, precisam ser aplicados simultaneamente, de forma relativizada, ora prevalecendo um, ora o outro, de acordo com a situação concreta.

São *princípios constitucionais* que regem a previdência complementar:

- regulamentação reservada à lei complementar;
- autonomia da vontade (natureza contratual);
- autonomia em relação ao regime geral de previdência;
- autonomia em relação ao contrato de trabalho;
- transparência para o participante;
- constituição de reservas em regime de capitalização;
- limitação à contribuição do patrocinador de plano com patrocínio estatal;
- presença dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão.

gestão compartilhada estabelecida para a previdência social pelo art. 194, parágrafo único, inciso VII da CF. Mas as entidades fechadas de previdência complementar são pessoas jurídicas de direito privado, e mesmo quando há, nos seus órgãos de governança, representantes indicados pelo Estado, esta presença não decorre de prerrogativa do Poder Público, mas do papel de patrocinador assumido pelo ente estatal.

## 4 INTRODUÇÃO ÀS LEIS COMPLEMENTARES N.º 108 E N.º 109, AMBAS DE 29 DE MAIO DE 2001

A Lei Complementar n.º 109/01 é a norma geral que dispõe sobre o regime de previdência complementar, e regulamenta o art. 202, *caput* da CF. É dividida em oito capítulos, que contêm disposições introdutórias (capítulo I), regras sobre planos de benefícios (capítulo II), sobre entidades fechadas e abertas de previdência complementar (capítulos III e IV), sobre a fiscalização destas entidades (capítulo V), sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial das entidades de previdência complementar (capítulo VI), sobre o regime disciplinar (capítulo VII), e ainda disposições gerais sobre o regime de previdência complementar (capítulo VIII).

A Lei Complementar n.º 108/01, por sua vez, é a norma regulamentadora a que se refere o § 4º do art. 202 da CF, e traz regras especiais sobre entidades fechadas de previdência complementar patrocinadas pela Administração pública direta e indireta (LC 108/01, art. 1º). Sendo norma especial, prevalece sobre a norma geral em seu âmbito de validade (LC 108/01, art. 2º). Basicamente, a Lei Complementar n.º 108/01:

- cria normas especiais sobre o *custeio* dos planos de benefícios com patrocínio estatal;
- estabelece de forma mais pormenorizada a *composição dos órgãos estatutários* das entidades fechadas de previdência complementar abrangidas por suas disposições; e
- estabelece regras específicas sobre sua *fiscalização*.





## 5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

De início, cabe lembrar a distinção entre regras e princípios. Os princípios distinguem-se das regras jurídicas porque são versados em *linguagem mais genérica*, são mais *abrangentes, direcionam o intérprete* na aplicação das regras, e são *relativizados por outros princípios*. Esta última característica significa que, ao contrário das regras, em que o conflito se resolve pela derrogação de uma norma e aplicação integral de outra, os princípios, ainda que incompatíveis, precisam ser aplicados simultaneamente, de forma relativizada, ora prevalecendo um, ora o outro, de acordo com a situação concreta.

São *princípios constitucionais* que regem a previdência complementar:

- regulamentação reservada à lei complementar;
- autonomia da vontade (natureza contratual);
- autonomia em relação ao regime geral de previdência;
- autonomia em relação ao contrato de trabalho;
- transparência para o participante;
- constituição de reservas em regime de capitalização;
- limitação à contribuição do patrocinador de plano com patrocínio estatal;
- presença dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão.

São *princípios legais* que regem a previdência complementar, entre outros:

- transparência para o participante;
- independência patrimonial entre os planos administrados por uma mesma EFPC.

De todos os princípios, o único que está na CF e reiterado na LC 109/01, pautando a ação do Estado, é o princípio da transparência. Como as entidades fechadas são privadas, entende-se que a transparência deve ser total para o dono dos recursos acumulados no plano de benefícios, isto é, o participante e o assistido.

Este princípio é traduzido em normas, inclusive da própria LC 109/01, que criam obrigações para a entidade fechada no sentido de assegurar a transparência para o participante:

"**Art. 10**. Deverão constar dos regulamentos dos planos de benefícios, das propostas de inscrição e dos certificados de participantes condições mínimas a serem fixadas pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º A todo pretendente será disponibilizado, e a todo participante será entregue, quando de sua inscrição no plano de benefícios:

I – certificado onde estarão indicados os requisitos que regulam a admissão e a manutenção da qualidade de participante, bem como os requisitos de elegibilidade e forma de cálculo dos benefícios;

II – cópia do regulamento atualizado do plano de benefícios e material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, as características do plano;

III – (...)





IV – outros documentos que vierem a ser especificados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 2º Na divulgação dos planos de benefícios, não poderão ser incluídas informações diferentes das que figurem nos documentos referidos neste artigo."

"**Art. 24**. A divulgação aos participantes, inclusive aos assistidos, das informações pertinentes aos planos de benefícios dar-se-á ao menos uma vez ao ano, na forma, nos prazos e pelos meios estabelecidos pelo órgão regulador e fiscalizador.

Parágrafo único. As informações requeridas formalmente pelo participante ou assistido, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal específico deverão ser atendidas pela entidade no prazo estabelecido pelo órgão regulador e fiscalizador."

Além das disposições legais, o princípio da transparência é traduzido em outras normas, como os artigos 16 e 17 da Resolução CGPC nº 13, de 01.10.2004, e na Instrução SPC nº 7, de 10.08.2005.

## 6 O PAPEL DO ESTADO

Os estudiosos do Direito Administrativo identificam, com algumas variações, basicamente quatro modalidades de atividade estatal:

- serviço público;
- atividade econômica;
- poder de polícia e;
- fomento.

No campo da previdência complementar, a atividade do Estado concentra-se no exercício do **poder de polícia**, com

alguns aspectos de fomento decorrentes do incentivo à criação de planos de previdência complementar (inclusive por meio de incentivos fiscais).

O exercício do poder de polícia se dá sobretudo mediante a criação de normas, a fiscalização e a autorização para a prática de determinados atos.

Estas atividades, no âmbito da previdência complementar operada pelas entidades fechadas, estão entregues, pelo menos por enquanto, a **dois órgãos**.

Cabe lembrar que a LC 109/01, tratando das entidades fechadas de previdência complementar, quase sempre fala de um único órgão, que desempenharia as funções de regulação e fiscalização, modelo que aproxima este órgão único das chamadas "agências reguladoras" (entidades autárquicas, de natureza especial, que deliberam por meio de uma diretoria colegiada). Assim, os artigos 6º, 7º, 9º, 10, 11, 13, 14, 18, 21, 22, 23, 24, 25, entre outros, da LC 109/01, mencionam um "órgão regulador e fiscalizador". Da mesma forma o fazem os artigos 6º, 7º, 11, 15, 24 e 26 da LC 108/01.

Contudo, há uma *exceção* na LC 108/01, art. 4º, que fala de "órgão fiscalizador" apenas, e há também *duas exceções* na LC 109/01: o art. 74 fala em "...funções do órgão regulador e do órgão fiscalizador...", e o art. 5º da mesma lei complementar menciona ambas as possibilidades ("... órgão ou órgãos regulador e fiscalizador..."), pois como a estrutura de regulação e fiscalização é provisoriamente composta de dois órgãos – CGPC e SPC – e a estrutura definitiva há de ser definida por lei ordinária, o legislador complementar optou por não fechar questão quanto ao tema, embora tenha usado sobretudo a expressão "órgão regulador e fiscalizador", como visto.





Além dos dois órgãos integrantes da estrutura do Ministério da Previdência Social, o § 1º do art. 9º da LC 109/01 estabelece que parte da função reguladora será exercida pelo Conselho Monetário Nacional, órgão colegiado integrante da estrutura do Ministério da Fazenda.

**Art. 9º, § 1º** A aplicação dos recursos correspondentes às reservas, às provisões e aos fundos de que trata o caput será feita conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

No exercício do poder de polícia e no desenvolvimento das atividades de fomento, a ação do Estado deverá levar em conta os **objetivos** definidos na LC 109/01:

**Art. 3º** A ação do Estado será exercida com o objetivo de:

I - formular a política de previdência complementar;

II - disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades reguladas por esta Lei Complementar, compatibilizando-as com as políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico-financeiro;

III - determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios, isoladamente, e de cada entidade de previdência complementar, no conjunto de suas atividades;

IV - assegurar aos participantes e assistidos o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos de benefícios;

V - fiscalizar as entidades de previdência complementar, suas operações e aplicar penalidades; e

VI - proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios.

## 7 O CONSELHO DE GESTÃO DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CGPC

Trata-se de um órgão regulador provisório, nos termos do art. 74 da LC 109/01, até que sobrevenha a lei ordinária de que trata o art. 5º da referida lei complementar.

Sua composição é dada pelo art. 2º do Decreto n.º 4.678, de 24 de abril de 2003:

> **Art. 2º** O CGPC é integrado:
> I - pelo Ministro de Estado da Previdência Social, que o presidirá;
> II - pelo Secretário de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social;
> III - por um representante da Secretaria de Previdência Social do Ministério da Previdência Social;
> IV - por um representante do Ministério da Fazenda;
> V - por um representante do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;
> VI - por um representante dos patrocinadores e instituidores de entidades fechadas de previdência complementar;
> VII - por um representante das entidades fechadas de previdência complementar; e
> VIII - por um representante dos participantes e assistidos das entidades fechadas de previdência complementar.

Suas **atribuições** são dadas pelos Decreto n.º 4.678/03. São elas:

- regulação, normatização e coordenação das atividades das entidades fechadas de previdência complementar (art. 1º);





- atuação como órgão de caráter recursal, cabendo-lhe apreciar e julgar os recursos interpostos contra decisões da Secretaria de Previdência Complementar (art. 4º).

## 8 A SECRETARIA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Trata-se de um órgão fiscalizador provisório, nos termos do art. 74 da LC 109/01, até que sobrevenha a lei ordinária de que trata o art. 5º da referida lei complementar.

Sua **estrutura organizacional** é dada pelo Anexo I do Decreto n.º 5.755, de 13 de abril de 2006, que estabelece a Estrutura Regimental do Ministério da Previdência Social.

A Secretaria de Previdência Complementar é dirigida por um *Secretário*, e possui *cinco departamentos*.

Quanto às **atribuições** da SPC, em diversos dispositivos da LC 109/01 são conferidas competências ao "órgão regulador e fiscalizador" das entidades fechadas de previdência complementar, lembrando que por enquanto as competências normativas cabem ao CGPC e as executivas à SPC. O Decreto n.º 5.755/06 explicita as competências da SPC e de seus departamentos.

Sendo o órgão fiscalizador da previdência complementar operada pelas entidades fechadas, boa parte do trabalho da SPC está centrado na atividade de *fiscalização*.

Outras importantes atribuições dadas à SPC pela lei são as de *autorizar previamente* determinados atos, que dependem da aprovação da SPC para produzir seus efeitos na plenitude. Ao contrário da maior parte da atividade de fiscalização, a

atividade de autorização é sempre realizada pela SPC *a partir de uma solicitação dos interessados*, o que sempre gera nos cidadãos solicitantes a expectativa de um atendimento pronto e favorável ao pedido formulado.

**Art. 33.** Dependerão de prévia e expressa autorização do órgão regulador e fiscalizador:

I - a constituição e o funcionamento da entidade fechada, bem como a aplicação dos respectivos estatutos, dos regulamentos dos planos de benefícios e suas alterações;

II - as operações de fusão, cisão, incorporação ou qualquer outra forma de reorganização societária, relativas às entidades fechadas;

III - as retiradas de patrocinadores; e

IV - as transferências de patrocínio, de grupo de participantes, de planos e de reservas entre entidades fechadas.

## 9 AS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Ao contrário das entidades abertas, as entidades fechadas de previdência complementar não têm natureza comercial, e a elas não se deve aplicar o Código de Defesa do Consumidor (a despeito do afirmado em jurisprudência contrária). Quanto à **forma** jurídica, as entidades fechadas de previdência complementar são necessariamente organizadas sob a forma de fundação (privada) ou sociedade civil, sem fins lucrativos (LC 109/01, art. 31, § 1º, e LC108/01, art. 9º, parágrafo único).

Entretanto esta disposição gera dificuldades em relação ao Código Civil brasileiro que entrou em vigor em 2002. De fato, segundo o Código Civil, as fundações são destinadas a determinadas finalidades, dentre as quais não se inclui a de





operar planos de previdência; e as sociedades civis não são mais previstas. Quanto às figuras previstas no novo Código Civil (sociedade, associação), não são adequadas ao desempenho da atividade de operar planos de benefícios.

A rigor, fundação sempre foi uma figura jurídica inadequada para as entidades fechadas de previdência complementar, porque a fundação é um patrimônio afetado a um determinado fim, mas as entidades de previdência complementar nascem sem qualquer patrimônio, e posteriormente acumulam capitais em planos de benefícios de que são meras administradoras, jamais se tornando, portanto, a personificação de um patrimônio afetado a um determinado fim.

Quanto às sociedades civis, não existem mais no Código Civil, e as figuras que vieram para substitui-las não servem para as entidades fechadas. As sociedades têm fim econômico, e as associações têm como órgão máximo a assembléia geral.

A portaria SPC n.º 2, de 08 de janeiro de 2004, dispensou as EFPCs então existentes de fazerem a adaptação ao novo Código Civil. Quanto às entidades fechadas de previdência complementar criadas a partir da promulgação do novo Código Civil, têm adotado a forma de fundação de direito privado.

Quanto ao seu **objeto**, as entidades fechadas de previdência complementar se destinam à instituir *planos de benefícios de natureza previdenciária* e operá-los. Excepcionalmente podem prestar serviços *assistenciais à saúde*, sendo-lhes vedado, contudo, prestar quaisquer outros serviços que não estejam no âmbito de seu objeto.

LC 109/01:

"**Art. 6º** As entidades de previdência complementar somente poderão instituir e operar planos de benefícios para os quais tenham autorização específica..."

"**Art. 32**. As entidades fechadas têm como objeto a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária.

Parágrafo único. É vedado às entidades fechadas a prestação de quaisquer serviços que não estejam no âmbito de seu objeto, observado o disposto no art. 76."

"**Art. 76**. As entidades fechadas que, na data da publicação desta Lei Complementar, prestarem a seus participantes e assistidos serviços assistenciais à saúde poderão continuar a fazê-lo, desde que seja estabelecido um custeio específico para os planos assistenciais e que sua contabilização e o seu patrimônio sejam mantidos em separado em relação ao plano previdenciário.

§ 1.º Os programas assistenciais de natureza financeira deverão ser extintos a partir da data de publicação desta Lei Complementar, permanecendo em vigência, até o seu termo, apenas os compromissos já firmados.

§ 2.º Consideram-se programas assistenciais de natureza financeira, para os efeitos desta Lei Complementar, aqueles em que o rendimento situa-se abaixo da taxa mínima atuarial do respectivo plano de benefícios."

LC 108/01:

"**Art. 8º** A administração e execução dos planos de benefícios compete às entidades fechadas de previdência complementar mencionadas no art. 1º desta Lei Complementar."





Além das restrições genéricas acima referidas, as entidades de previdência complementar encontram vedação específica para realizar operações comerciais e financeiras com determinadas pessoas (LC 109/01, art. 71, observada a ressalva de seu parágrafo único).

O art. 34 da LC 109/01 traz alguns critérios para **classificação** das entidades fechadas de previdência complementar:

- de acordo com os planos que administram:
  - ✓ de plano comum
  - ✓ multiplano
- de acordo com seus patrocinadores ou instituidores
  - ✓ singulares
  - ✓ multipatrocinadas

## 10 OS PATROCINADORES

Os patrocinadores são:

- "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente" pelo poder público (CF, art. 202, § 4º, e LC 108/01, art. 1º);
- a "empresa ou grupo de empresas" (LC 109/01, art. 31, I).

Os patrocinadores são, portanto, pessoas jurídicas de direito privado ou de direito público que decidem oferecer um plano de previdência para seus empregados ou servidores.

Além das obrigações decorrentes do contrato firmado com a entidade fechada de previdência complementar, o patrocinador tem diversos deveres decorrentes da legislação.

Um deles é o de **fiscalizar** a entidade que administra o plano que ele patrocina (artigo 25 da LC 108/01 e art. 41, § 2º da LC 109/01). No caso do patrocinador de plano regido pela LC 108/01, o resultado da fiscalização deve ser remetido ao órgão fiscalizador.

Também cabe ao patrocinador custear o plano de benefícios, sozinho ou em concurso com os participantes (e eventualmente os assistidos). Quando apenas o patrocinador contribui para o plano de previdência, ele é chamado de **plano não contributivo**; quando há contribuições do patrocinador e dos participantes, o plano é dito **contributivo**.

O patrocinador deve firmar o **convênio de adesão** com a entidade administradora do plano de benefícios. Tanto pode fazê-lo em relação a plano preexistente quanto pode firmar convênio de adesão a plano criado especialmente para ele, por sua iniciativa.

As entidades fechadas também podem ser patrocinadoras de planos de benefícios para seus empregados, e neste caso, firmarão **termo de adesão** em que serão estabelecidas suas obrigações enquanto patrocinadora e enquanto administradora do plano de previdência.

## 11 OS INSTITUIDORES

Os instituidores são as "pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial" (LC 109/01, art. 31, II).

A Resolução CGPC n.º 12, de 17.09.2002, no parágrafo único do art. 2º, estabelece que:





> "Poderão ser Instituidores:
>
> I – os conselhos profissionais e entidades de classe nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão;
>
> II – os sindicatos, as centrais sindicais e as respectivas federações e confederações;
>
> III – as cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas;
>
> IV – as associações profissionais, legalmente constituídas;
>
> V – outras pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, não previstas nos incisos anteriores, desde que autorizadas pelo órgão fiscalizador."

As entidades fechadas constituídas por instituidores deverão, cumulativamente (LC 109/01, art. 31, § 2º):

- **Terceirizar a gestão** dos recursos garantidores das reservas técnicas e provisões mediante a contratação de instituição especializada autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou outro órgão competente;
- Ofertar exclusivamente planos de benefícios na modalidade **contribuição definida**.

O patrimônio dos planos de benefícios constituídos por instituidor deverá, obrigatoriamente, estar **segregado** dos patrimônios do instituidor e do gestor dos recursos garantidores, que é a instituição especializada na gestão de recursos de terceiros autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou outro órgão competente (Resolução CGPC n.º 12, de 17.09.2002, art. 3º, §§ 2º a 4º).

Atualmente (setembro/2006) alguns instituidores de planos de previdência já aprovados pela SPC são:

- Unicred Central de Santa Catarina
- Associação dos Advogados de São Paulo

- OAB (Seccionais de MG, SC, SP, PR)
- Sindicato dos Engenheiros do Rio Grande do Sul
- Associação Comercial do Paraná
- Força Sindical
- Federação do Comércio do Estado de São Paulo - Fecomércio

## 12 OS PARTICIPANTES E OS ASSISTIDOS

A LC 109/01, em seu art. 8º define o **participante** como "a pessoa física que aderir ao plano de benefícios" (inciso I), e o **assistido** como "o participante ou seu beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada" (inciso II). Portanto, em princípio nem todo assistido foi ou é participante; ele pode ter sido, de início, mero beneficiário indicado por participante, alcançando a condição de assistido a partir de um evento previsto em regulamento (por exemplo, a morte do participante).

Mas alguns dispositivos legais, como o art. 20, § 3º e o art. 24 da LC 109/01, por exemplo, falam de participantes, inclusive os assistidos, colocando participante como gênero, que se divide em duas espécies: o participante propriamente dito (ativo) e o participante em gozo de benefício de prestação continuada (assistido).

Assim, a terminologia empregada pela LC 109/01 se presta a alguma confusão. Por exemplo, o art. 24, ao tratar da "divulgação aos participantes, inclusive aos assistidos, das informações pertinentes aos planos de benefícios"

Para evitar a confusão no uso do termo, quando se quer designar apenas o participante que não está em gozo





de benefício de prestação continuada, muitas vezes usa-se "*participante ativo*".

**QUADRO 2 - Participantes, assistidos e designados, segundo o tipo de patrocinador ou instituidor**

| | POPULAÇÃO DOS PLANOS OPERADOS POR EFPCs (*) | | | |
|---|---|---|---|---|
| | Patrocínio | | Instituidor | TOTAL |
| | Público | Privado | | |
| Participantes | 618.344 | 1.160.879 | 470 | 1.779.693 |
| Assistidos | 236.393 | 185.738 | - | 422.131 |
| Beneficiários de pensão | 99.974 | 53.278 | - | 153.252 |
| Designados (**) | 1.825.732 | 2.337.109 | 940 | 4.163.781 |
| TOTAL | 2.780.443 | 3.737.004 | 1.410 | 6.518.857 |

(*) em dezembro / 2004

(**) Designado: pessoa indicada pelo participante ou assistido, que poderá ter direito a benefícios, de acordo com as regras previstas no regulamento do plano de benefícios

### DADOS GERAIS DO SISTEMA

- 366 entidades fechadas de previdência complementar
- mais de 900 planos de benefícios (multiplano)
- cerca de 2000 empresas patrocinadoras (multipatrocínio)
- R$ 290 bilhões de ativos garantidores de benefícios

- cerca de 1.780.000 participantes ativos
- cerca de 575.000 assistidos e beneficiários
- cerca de 4.120.000 beneficiários indicados
- totalizando cerca de 6.500.000 pessoas protegidas

## 13 AS RELAÇÕES JURÍDICAS NO ÂMBITO DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

As referências que a CF faz, em seu art. 202, a "benefício contratado" (*caput*), ao caráter facultativo do regime de

previdência complementar (*caput*) e às "condições contratuais" (§ 2º), não deixam dúvidas quanto à **natureza contratual** das relações constituídas no âmbito da previdência complementar.

Todo contrato se dá entre pessoas (físicas ou jurídicas), que são os *sujeitos* ou partes contratantes. Todo contrato estabelece ainda obrigações para pelo menos uma das partes, e este é seu *objeto*. Os contratos têm também, necessariamente, uma *forma jurídica*, que pode ser mais ou menos solene, dependendo da natureza do contrato e do grau de formalização que a lei exige para seu aperfeiçoamento. Assim, há contratos que se aperfeiçoam por simples manifestação verbal (compra e venda de coisa móvel de pequeno valor), que exigem instrumento escrito (contrato social de empresa), e aqueles que exigem escritura pública (compra e venda de imóvel).

Neste sentido, a constituição das principais relações jurídicas no âmbito da previdência complementar dependem basicamente de quatro contratos, que exigem forma escrita, consubstanciados nos seguintes **instrumentos contratuais**:

- o estatuto da entidade fechada de previdência complementar;
- o regulamento do plano de benefícios;
- o convênio de adesão; e
- a inscrição do participante.

## 14 O ESTATUTO DAS ENTIDADES FECHADAS

O estatuto é o principal instrumento contratual que disciplina a vida da entidade fechada de previdência complementar.





Quanto às suas **cláusulas principais**, a Resolução CGPC n.º 08, de 19.02.2004, prevê o conteúdo mínimo de um estatuto de entidade fechada de previdência complementar:

> **Art. 2º**. O estatuto das entidades fechadas de previdência complementar deverá dispor sobre:
>
> I – denominação, sede e foro;
>
> II – objeto da entidade;
>
> III – prazo de duração, que deverá ser indeterminado;
>
> IV – indicação das pessoas físicas ou jurídicas que, na qualidade de participante, assistido, patrocinador ou instituidor, podem se vincular a plano de benefícios administrado pela entidade;
>
> V – estrutura organizacional – órgãos e suas atribuições, composição, forma de acesso, duração e término do mandato dos seus membros.
>
> § 1º O estatuto da entidade fechada de previdência complementar deverá observar a terminologia constante da Lei Complementar nº 109, de 2001, e, no que couber, da Lei Complementar nº 108, de 2001.
>
> § 2º O estatuto não deverá dispor sobre matéria específica de regulamento de plano de benefícios.

Quanto ao **registro**, os estatutos das entidades fechadas serão aprovados na assembléia de constituição, aprovados também pela SPC e registrados no cartório competente para o registro das pessoas jurídicas (conforme a Lei n.º 6.015/73 – Lei de Registros Públicos). Da mesma forma, as alterações estatutárias serão aprovadas dentro da entidade fechada de previdência complementar pelo seu conselho deliberativo (e, eventualmente, por outros órgãos internos previstos no estatuto) e pela SPC, e serão registrados no cartório do registro civil competente.



BIBLIOTECA DA ESMAPE

Quanto aos **órgãos estatutários**, os principais são o Conselho Deliberativo, o Conselho Fiscal e a Diretoria Executiva da entidade fechada de previdência complementar. A LC 108/01 determina taxativamente que estes três são os órgãos estatutários (art. 9º), enquanto que a LC 109/01 (art. 35, *caput*) diz que estes três órgãos devem estar presentes, mas eles compõem a estrutura mínima da entidade, que pode ser complementada por outros órgãos previstos no estatuto.

**QUADRO 3 - Comparação entre as LC 108/01 e 109/01 quanto aos órgãos estatutários**

| CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS DOS ÓRGÃOS ESTATUTÁRIOS | | | |
|---|---|---|---|
| | **Características** | **LC 109/01** | **LC 108/01** |
| Conselho Deliberativo | Membros | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | no máximo 6 |
| | Requisitos mínimos | Art. 35, § 3º | Art. 20, I a III |
| | Representação dos participantes / assistidos | no mínimo 1/3 | metade (*) |
| | Modo de escolha | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | Representantes dos patrocinadores ou instituidores: indicação. Representantes dos participantes: eleição direta |
| | Mandato | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | 4 anos, uma recondução |
| | Competência | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | órgão máximo da estrutura organizacional, responsável pela definição da política geral de administração da EFPC |
| | Referência legal | Art. 35 | Artigos 10 a 13 |
| Conselho Fiscal | Membros | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | no máximo 4 |
| | Requisitos mínimos | Art. 35, § 3º | Art. 20, I a III |
| | Representação dos participantes / assistidos | no mínimo 1/3 | metade (**) |
| | Modo de escolha | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | Representantes dos patrocinadores ou instituidores: indicação. Representantes dos participantes: eleição direta |
| | Mandato | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | 4 anos, vedada a recondução |
| | Competência | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | órgão de controle interno da EFPC |
| | Referência legal | Art. 35 | Artigos 14 a 16 |
| Diretoria Executiva | Membros | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | no máximo 6 |
| | Requisitos mínimos | Art. 35, §§ 3º e 4º | Art. 20, I a IV |
| | Representação dos participantes / assistidos | - | - |
| | Modo de escolha | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | conforme estatuto |
| | Mandato | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | conforme estatuto |
| | Competência | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | órgão responsável pela administração da EFPC, conforme a política traçada pelo Conselho Deliberativo |
| | Referência legal | Art. 35 | Art. 19 a 23 |
| Outros órgãos | | Algumas EFPCs incluem: assembléia de patrocinadores, comitê gestor por plano de benefícios, diretor por plano de benefícios | Não pode |

(*) Presidente escolhido entre representantes dos patrocinadores, com voto de qualidade
(**) Presidente escolhido dentre representantes dos participates e assistidos, com voto de qualidade

Quanto aos **órgãos estatutários**, os principais são o Conselho Deliberativo, o Conselho Fiscal e a Diretoria Executiva da entidade fechada de previdência complementar. A LC 108/01 determina taxativamente que estes três são os órgãos estatutários (art. 9º), enquanto que a LC 109/01 (art. 35, *caput*) diz que estes três órgãos devem estar presentes, mas eles compõem a estrutura mínima da entidade, que pode ser complementada por outros órgãos previstos no estatuto.

**QUADRO 3 - Comparação entre as LC 108/01 e 109/01 quanto aos órgãos estatutários**

| CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS DOS ÓRGÃOS ESTATUTÁRIOS | | | |
|---|---|---|---|
| | **Características** | **LC 109/01** | **LC 108/01** |
| Conselho Deliberativo | Membros | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | no máximo 6 |
| | Requisitos mínimos | Art. 35, § 3º | Art. 20, I a III |
| | Representação dos participantes / assistidos | no mínimo 1/3 | metade (*) |
| | Modo de escolha | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | Representantes dos patrocinadores ou instituidores: indicação. Representantes dos participantes: eleição direta |
| | Mandato | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | 4 anos, uma recondução |
| | Competência | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | órgão máximo da estrutura organizacional, responsável pela definição da política geral de administração da EFPC |
| | Referência legal | Art. 35 | Artigos 10 a 13 |
| Conselho Fiscal | Membros | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | no máximo 4 |
| | Requisitos mínimos | Art. 35, § 3º | Art. 20, I a III |
| | Representação dos participantes / assistidos | no mínimo 1/3 | metade (**) |
| | Modo de escolha | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | Representantes dos patrocinadores ou instituidores: indicação. Representantes dos participantes: eleição direta |
| | Mandato | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | 4 anos, vedada a recondução |
| | Competência | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | órgão de controle interno da EFPC |
| | Referência legal | Art. 35 | Artigos 14 a 16 |
| Diretoria Executiva | Membros | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | no máximo 6 |
| | Requisitos mínimos | Art. 35, §§ 3º e 4º | Art. 20, I a IV |
| | Representação dos participantes / assistidos | - | - |
| | Modo de escolha | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | conforme estatuto |
| | Mandato | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | conforme estatuto |
| | Competência | estatuto (Res CGPC nº 13/04) | órgão responsável pela administração da EFPC, conforme a política traçada pelo Conselho Deliberativo |
| | Referência legal | Art. 35 | Art. 19 a 23 |
| Outros órgãos | | Algumas EFPCs incluem: assembléia de patrocinadores, comitê gestor por plano de benefícios, diretor por plano de benefícios | Não pode |

(*) Presidente escolhido entre representantes dos patrocinadores, com voto de qualidade
(**) Presidente escolhido dentre representantes dos participates e assistidos, com voto de qualidade

Nos termos dos §§ 5º e 6º do art. 35 da LC 109/01, e do art. 22 da LC 108/01, a entidade fechada de previdência complementar informará ao órgão regulador e fiscalizador (SPC) quem é o **responsável pelas aplicações dos recursos** da entidade, escolhido entre os membros da diretoria-executiva. Os demais membros da diretoria-executiva responderão pelos danos e prejuízos causados à entidade para os quais tenham concorrido, solidariamente com o dirigente responsável pelas aplicações dos recursos.

No caso de diretores de entidades fechadas de previdência complementar regidas pela LC 108/01, há previsão de uma **quarentena** após o exercício do cargo, conforme estabelece o art. 23 da citada lei.

## 15 O REGULAMENTO DO PLANO DE BENEFÍCIOS

De início é preciso ressaltar que a revogada Lei 6.435/77 dava toda ênfase para a entidade fechada de previdência complementar. As entidades operavam um único plano de benefícios, de modo que plano e entidade praticamente se confundiam.

Com a evolução do sistema de previdência complementar, ganhou relevo a figura da entidade com multiplano, isto é, a entidade que administra vários planos de benefícios, cada um dos quais tem patrocinadores e participantes que não guardam qualquer relação com os patrocinadores e participantes dos demais planos.

Por conta deste fenômeno, o art. 202 da CF, com a redação que lhe foi dada pela EC n.º 20/98, e a legislação da previdência complementar de 2001, em diversas passagens





fazem referência e **dão ênfase ao plano de benefícios**. No entanto, há uma certa dualidade na legislação, que ainda faz várias referências à entidade.

De qualquer modo, e a título de exemplo, observem-se os seguintes dispositivos normativos, que mencionam expressamente o plano de benefícios: CF, art. 202, §§ 1º e 2º, LC 109/01, artigos 12, 13, 18, §§ 2º e 3º, 20,21, 22, 23, 24, 25, 32, e ainda LC 108/01, artigos 4º e 6º. Dentre estas diversas referências, e outras que constam das leis complementares, destacam-se, por sua importância, os artigos 13, 22 e 34, I, "b" da LC 109/01:

> "**Art. 13**. A formalização da condição de patrocinador ou instituidor de plano de benefício dar-se-á mediante convênio de adesão a ser celebrado entre o patrocinador ou instituidor e a entidade fechada, em relação a cada plano de benefícios por esta administrado e executado, (...)."
>
> "**Art. 22**. Ao final de cada exercício, coincidente com o ano civil, as entidades fechadas deverão levantar as demonstrações contábeis e as avaliações atuariais de cada plano de benefícios, por pessoa jurídica ou profissional legalmente habilitado, devendo os resultados ser encaminhados órgão regulador e fiscalizador e divulgados aos participantes e assistidos."
>
> "**Art. 34**. As entidades fechadas podem ser qualificadas da seguinte forma, além de outras que possam ser definidas pelo órgão regulador e fiscalizador:
>
> I - de acordo com os planos que administram:
>
> (...)
>
> b) com multiplano, quando administram plano ou conjunto de planos de benefícios para diversos grupos de participantes, com independência patrimonial;
>
> (...)"

Dando cumprimento a estes e outros dispositivos, a Resolução CGPC n.º 14, de 01.10.2004 criou o Cadastro Nacional de Planos de Benefícios das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – CNPB, atribuindo a cada plano um número identificador. Esta resolução, em seu art. 3º, estabelece:

"**Art. 3º** Cada plano de benefícios possui independência patrimonial em relação aos demais planos de benefícios, bem como identidade própria quanto aos aspectos regulamentares, cadastrais, atuariais, contábeis e de investimentos.

§ 1º Os recursos de um plano de benefícios não respondem por obrigações de outro plano de benefícios operado pela mesma EFPC.

§ 2º Admitir-se-á solidariedade entre patrocinadores ou entre instituidores com relação aos respectivos planos de benefícios, desde que expressamente prevista no convênio de adesão."

A LC 109/01, em seu art. 7º, parágrafo único, trata da **classificação** dos planos de benefícios em algumas modalidades, a saber:

- benefício definido
- contribuição definida
- contribuição variável
- outras modalidades

Quanto às **cláusulas principais** do regulamento, a Resolução CGPC n.º 08, de 19.02.2004, estabelece o que deverá necessariamente constar de um regulamento de plano de benefícios de caráter previdenciário operado por entidade fechada de previdência complementar:





"**Art. 4º** O regulamento do plano de benefícios de caráter previdenciário deverá dispor sobre:

I – glossário;

II – nome do plano de benefícios;

III – participantes e assistidos e condições de admissão e saída;

IV – benefícios e seus requisitos para elegibilidade;

V – base e formas de cálculo, de pagamento e de atualização dos benefícios;

VI – data de pagamento dos benefícios;

VII – institutos do benefício proporcional diferido, da portabilidade, do resgate e do autopatrocínio;

VIII – fontes de custeio dos benefícios e das despesas administrativas;

IX – data certa dos repasses das contribuições e cláusula penal na hipótese de atraso.

§ 1º Os institutos referidos no inciso VII deverão estar disciplinados em capítulo específico do regulamento, cada instituto em uma seção, e uma seção para as disposições comuns a todos os institutos.

§ 2º O regulamento do plano de benefíciosnao deverá dispor sobre matéria estatutária, empréstimos e financiamentos a participantes e assistidos, planos assistenciais a saúde e outras matérias não relacionadas a plano de benefícios.

§ 3º O regulamento do plano de benefícios deverá observar a terminologia constante da Lei Complementar nº 109, de 2001, e, no que couber, da Lei Complementar nº 108, de 2001.

"**Art. 11**. O disposto no inciso I do *caput* do art. 4º e no § 1º do mesmo artigo desta Resolução aplica-se somente aos regulamentos de novos planos cuja aprovação tenha sido requerida à Secretaria de Previdência Complementar na vigência desta Resolução."

O **glossário** contém os principais termos utilizados no corpo do regulamento. Cada regulamento tem autonomia para estabelecer o significado de termos como "participante", "assistido", "benefício de aposentadoria", entre outros. Algumas associações e organizações multilaterais têm procurado contribuir para a padronização do conteúdo de certos termos, por meio da elaboração de glossários. Trata-se de um esforço que pode ser considerado mundial. Há glossários elaborados, por exemplo, no Brasil, pelo Instituto Brasileiro de Atuária – IBA e pela Associação das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP, e no plano internacional, pela Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico – OCDE.

O **nome** do plano busca identificá-lo e individualizá-lo. Antes da criação do Cadastro Nacional de Planos de Benefícios – CNPB, a denominação era mais importante. Hoje a referência para identificação do plano perante o órgão fiscalizador, como visto acima, é o número de inscrição no CNPB.

Quanto aos **participantes e assistidos**, e às condições para sua admissão e saída do plano de benefícios, são disposições contratuais absolutamente fundamentais. No que diz respeito à *admissão*, viu-se acima que o plano deve ser oferecido a todos, mas são admissíveis condicionantes quando do ingresso tardio de participante, tais como, nos planos que prevejam benefícios definidos, a realização de exames médicos e o pagamento de "jóia". Em relação à *saída* dos participantes, são hipóteses normalmente previstas a morte e o cancelamento de inscrição, inclusive por inadimplemento no pagamento das contribuições. Este tema tem relação com a portabilidade e o resgate, tratados abaixo (item 23).





Quanto aos **benefícios**, há diversas modalidades:

- *benefícios não programáveis e continuados*, como a aposentadoria por invalidez e a pensão por morte de participante, a ser paga a seus dependentes;
- *benefício de pagamento único*, programável ou não programável, como o pecúlio por sobrevivência, pagável na data da aposentadoria por idade, pecúlio por tempo de serviço (benefícios programáveis de pagamento único), e os pecúlios por invalidez ou por morte de participantes (benefícios não programáveis e de pagamento único).

Quanto aos requisitos para **elegibilidade** aos benefícios, os mais comuns são tempo vinculação ao plano de benefícios, tempo de vínculo empregatício com o patrocinador, idade, concessão de benefício pelo regime geral.

Há exigências específicas para os planos regidos pela LC 108/01, conforme consta do art. 3º desta norma:

- Carência mínima de *sessenta contribuições mensais* a plano de benefícios e cessação do vínculo com o patrocinador, para se tornar elegível a um benefício de prestação que seja programada e continuada;
- *Concessão de benefício pelo regime de previdência* ao qual o participante esteja filiado por intermédio de seu patrocinador, quando se tratar de plano na modalidade benefício definido instituído após 30.05.2001. Ao contrário do que ocorre com os participantes de planos regidos pela LC 109/01, neste caso *exige-se a concessão de benefícios pela previdência oficial* como condicionante para percepção do benefício pago pela entidade fechada de previdência complementar.

Em relação à **atualização** dos benefícios, esta pode estar vinculada a um índice de preços (IGP, IGPM, IPCA etc.), à variação do valor do patrimônio acumulado na conta individual do participante (plano da modalidade CD) etc.

Há disposição específica no parágrafo único do art. 3º da LC 108/01, aplicável aos benefícios de planos regidos por esta lei: "Os reajustes dos benefícios em manutenção serão efetuados de acordo com critérios estabelecidos nos regulamentos dos planos de benefícios, vedado o repasse de ganhos de produtividade, abono e vantagens de qualquer natureza para tais benefícios".

A legislação da previdência complementar de 2001, além de manter os **institutos** já tradicionais do resgate e do autopatrocínio, tornou obrigatório e disciplinou o instituto do benefício proporcional diferido (que alguns regulamentos já adotavam) e criou o instituto da portabilidade.

*Benefício proporcional diferido*

- *Benefício proporcional diferido*, em razão da cessação do vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor antes da aquisição do direito ao benefício pleno, a ser concedido quando cumpridos os requisitos de elegibilidade.

*Portabilidade*

- *Portabilidade* do direito acumulado pelo participante para outro plano.
- O direito acumulado corresponde às reservas constituídas pelo participante ou à reserva matemática, o que lhe for mais favorável.
- Não será admitida a portabilidade na inexistência de cessação do vínculo empregatício do participante com o patrocinador.





- A portabilidade dos recursos para entidade aberta, somente será admitida quando a integralidade dos recursos financeiros correspondentes ao direito acumulado do participante for utilizada para a contratação de renda mensal vitalícia ou por prazo determinado, cujo prazo mínimo não poderá ser inferior ao período em que a respectiva reserva foi constituída, limitado ao mínimo de quinze anos.
- A portabilidade não caracteriza resgate.
- É vedado que os recursos financeiros correspondentes transitem pelos participantes dos planos de benefícios, sob qualquer forma.
- Sobre a portabilidade de recursos de reservas técnicas, fundos e provisões entre planos de benefícios de entidades de previdência complementar, titulados pelo mesmo participante, não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza.

*Resgate*

- Resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontada as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada.

*Autopatrocinio*

- *Faculdade de o participante manter o valor de sua contribuição e a do patrocinador*, no caso de perda parcial ou total da remuneração recebida, para assegurar a percepção dos benefícios nos níveis correspondentes àquela remuneração ou em outros definidos em normas regulamentares. O texto sob grifos pode ser traduzido como "*autopatrocínio*", situação que ocorre quando o participante

cessa o vínculo empregatício com o patrocinador, mas não se desliga da EFPC pagando assim, sozinho, as contribuições "parte participante" e "parte patrocinador" para formar a sua reserva garantidora do benefício. Também utilizada a nomenclatura "autofinanciado".

Quanto às **fontes de custeio** dos benefícios e das despesas administrativas, observa-se que *são sempre oriundas de contribuições*, direta ou indiretamente (caso da rentabilidade dos recursos já acumulados no plano de benefícios).

De acordo com a LC 109/01, art. 19, as contribuições para o plano de benefícios, destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário. Este artigo oferece uma *classificação* das contribuições:

- Normais: aquelas destinadas ao custeio dos benefícios previstos no respectivo plano.
- Extraordinárias: aquelas destinadas ao custeio de déficits, serviço passado e outras finalidades não incluídas na contribuição normal.

Observe-se, porém, que a LC 108/01 contrapõe, às contribuições normais, aquelas que venham a constituir "aporte de recursos pelos participantes, a título de contribuição facultativa, sem contrapartida do patrocinador" (art. 6º, § 2º).

Ainda com relação às contribuições, há *regras específicas para os planos regidos pela LC 108/01*, nos termos dos artigos 5º a 7º da citada lei complementar:

- É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias, fundações, empresas





públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas o aporte de recursos a entidades de previdência privada de caráter complementar, salvo na condição de patrocinador.

- O custeio dos planos de benefícios será responsabilidade do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos, (art. 6º, *caput*), *não sendo admissível o plano não contributivo;*
- *É vedado ao patrocinador assumir encargos adicionais* para o financiamento dos planos de benefícios, além daqueles previstos nos respectivos planos de custeio.
- A *despesa administrativa* da entidade de previdência complementar será custeada pelo patrocinador e pelos participantes e assistidos, atendendo a limites e critérios estabelecidos pelo órgão regulador e fiscalizador.
- É facultada aos patrocinadores a *cessão de pessoal* às entidades de previdência complementar que patrocinam, desde que ressarcidos os custos correspondentes.

Outro aspecto relevante é o que diz respeito à viabilidade para existência de um plano de previdência. Cabe ao órgão regulador e fiscalizador estabelecer, dentre outros requisitos, o **número mínimo de participantes** admitido para cada modalidade de plano de benefício (LC 109/01, art. 13, § 2º). Este número mínimo, no caso dos planos de instituidor, foi regulamentado pelos §§ 2º e 3º do art. 6º da Resolução CGPC n.º 12, de 17.09.2002.

Em razão das mudanças nas situações de fato – as relações de previdência complementar são de longuíssimo prazo, não raro durando, do ingresso do participante no plano até o óbito do pensionista, mais de cinqüenta anos – não é razoável que o regulamento de um plano de previdência seja imutável. Por isto, a lei faculta a **alteração dos regulamentos**, que depende

da prévia e expressa aprovação do órgão fiscalizador, nos termos do art. 33 da LC 109/01.

A questão da alteração dos regulamentos traz à baila dois temas de fundamental importância nas relação de longo prazo que marcam a previdência complementar. Trata-se da questão dos **direitos adquiridos** e do **direito acumulado**. O primeiro é conceito comum a diversos ramos do Direito, e inclusive tem proteção constitucional (CF, art. 5º, XXXVI) e definição legal (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º). Já o conceito de direito acumulado é exclusivo da LC 109/01, não sendo conhecido em outras normas ou ramos do Direito.

Quanto aos *direitos adquiridos*, há duas referências na LC 109/01 que contemplam o ingresso de um direito no patrimônio do participante, não podendo mais ser afetado por alterações legais ou regulamentares posteriores.

**Art. 17, parágrafo único**. Ao participante que tenha cumprido os requisitos para obtrenção dos benefícios previstos no plano é assegurada a aplicação das disposições regulamentares vigentes na data em que se tornou elegível a um benefício de aposentadoria.

**Art. 68, § 1º** Os benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano.

O *direito acumulado*, por sua vez, é referido (mas não conceituado) em duas outras passagens da LC 109/01.





**Art. 17**. As alterações processadas nos regulamentos dos planos de benefícios aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão regulador e fiscalizador, observado o direito acumulado de cada participante.

**Art. 15, parágrafo único**. O direito acumulado corresponde às reservas constituídas pelo participante ou à reserva matemática, o que lhe for mais favorável.

Observe-se que a disposição do parágrafo único do art. 15 está inserida em um artigo que trata de portabilidade, razão pela qual é possível sustentar que se trata de um alcance da expressão "direito acumulado" apenas para fins de portabilidade. Há quem sustente, porém, que este é o alcance da expressão para todas as finalidades.

Embora formalmente não façam parte do regulamento, há **dois outros instrumentos** de fundamental importância para o funcionamento do plano de benefícios: o *plano de custeio* e a *avaliação atuarial*.

O **plano de custeio** é disciplinado pelo art. 18 da LC 109/01, que determina que ele será elaborado "com *periodicidade mínima anual*, e estabelecerá o *nível de contribuição* necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios estabelecidos pelo órgão regulador e fiscalizador".

Além disso, "as reservas técnicas, provisões e fundos de cada plano de benefícios e os exigíveis a qualquer título deverão *atender permanentemente à cobertura integral dos compromissos* assumidos pelo plano de benefícios, ressalvadas excepcionalidades definidas pelo órgão regulador e fiscalizador."

Em função desta disposição, que exige o permanente equilíbrio, coloca-se a questão do tratamento que deve ser dados ao plano de benefícios quando houver *superávit ou déficit*.

De início cabe ressaltar que planos de benefícios da modalidade contribuição definida, que não contêm qualquer elemento de mutualismo, não estão sujeitos a déficit ou superávit. Todos os resultados do plano no exercício, sejam positivos ou negativos, são apropriados pelas contas individuais dos participantes.

Quanto aos planos BD ou CV, aplicam-se as disposições dos artigos 20 e 21 da LC 109/01:

---

**Art. 20**. O resultado superavitário dos planos de benefícios das entidades fechadas, ao final do exercício, satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados planos, será destinado à constituição de reserva de contingência, para garantia de benefícios, até o limite de vinte e cinco por cento do valor das reservas matemáticas.

§ 1º Constituída a reserva de contingência, com os valores excedentes será constituída reserva especial para revisão do plano de benefícios.

§ 2º A não utilização da reserva especial por três exercícios consecutivos determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios da entidade.

§ 3º Se a revisão do plano de benefícios implicar redução de contribuições, deverá ser levada em consideração a proporção existente entre as contribuições dos patrocinadores e dos participantes, inclusive dos assistidos.

**Art. 21**. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas





contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar.

§ 1º O equacionamento referido no caput poderá ser feito, dentre outras formas, por meio do aumento do valor das contribuições, instituição de contribuição adicional ou redução do valor dos benefícios a conceder, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 2º A redução dos valores dos benefícios não se aplica aos assistidos, sendo cabível, nesse caso, a instituição de contribuição adicional para cobertura do acréscimo ocorrido em razão da revisão do plano.

§ 3º Na hipótese de retorno à entidade dos recursos equivalentes ao déficit previsto no caput deste artigo, em conseqüência de apuração de responsabilidade mediante ação judicial ou administrativa, os respectivos valores deverão ser aplicados necessariamente na redução proporcional das contribuições devidas ao plano ou em melhoria dos benefícios.

---

O segundo instrumento que, embora não integrando o regulamento, é fundamental para o plano de benefícios, é a **avaliação atuarial**, cujo conceito é dado pela Resolução CGPC nº 11, de 21.08.2002: "9.2. Entende-se por avaliação atuarial o estudo técnico desenvolvido por atuário, que deverá ter registro junto ao Instituto Brasileiro de Atuária. Este estudo terá por base a massa de participantes, de assistidos e de beneficiários, admitidas hipóteses biométricas, demográficas, econômicas e financeiras, e será realizado com o objetivo principal de dimensionar os compromissos do plano de benefícios e estabelecer o plano de custeio de forma a manter o equilíbrio e a solvência atuarial, bem como o montante das reservas matemáticas e fundos previdenciais". A avaliação atuarial fornece os elementos para a elaboração do plano de custeio, e serve de base para o preenchimento do DRAA – Demonstra-

Em função desta disposição, que exige o permanente equilíbrio, coloca-se a questão do tratamento que deve ser dados ao plano de benefícios quando houver *superávit ou déficit*.

De início cabe ressaltar que planos de benefícios da modalidade contribuição definida, que não contêm qualquer elemento de mutualismo, não estão sujeitos a déficit ou superávit. Todos os resultados do plano no exercício, sejam positivos ou negativos, são apropriados pelas contas individuais dos participantes.

Quanto aos planos BD ou CV, aplicam-se as disposições dos artigos 20 e 21 da LC 109/01:

---

**Art. 20**. O resultado superavitário dos planos de benefícios das entidades fechadas, ao final do exercício, satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados planos, será destinado à constituição de reserva de contingência, para garantia de benefícios, até o limite de vinte e cinco por cento do valor das reservas matemáticas.

§ 1º Constituída a reserva de contingência, com os valores excedentes será constituída reserva especial para revisão do plano de benefícios.

§ 2º A não utilização da reserva especial por três exercícios consecutivos determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios da entidade.

§ 3º Se a revisão do plano de benefícios implicar redução de contribuições, deverá ser levada em consideração a proporção existente entre as contribuições dos patrocinadores e dos participantes, inclusive dos assistidos.

**Art. 21**. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas





contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar.

§ 1º O equacionamento referido no caput poderá ser feito, dentre outras formas, por meio do aumento do valor das contribuições, instituição de contribuição adicional ou redução do valor dos benefícios a conceder, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 2º A redução dos valores dos benefícios não se aplica aos assistidos, sendo cabível, nesse caso, a instituição de contribuição adicional para cobertura do acréscimo ocorrido em razão da revisão do plano.

§ 3º Na hipótese de retorno à entidade dos recursos equivalentes ao déficit previsto no caput deste artigo, em conseqüência de apuração de responsabilidade mediante ação judicial ou administrativa, os respectivos valores deverão ser aplicados necessariamente na redução proporcional das contribuições devidas ao plano ou em melhoria dos benefícios.

---

O segundo instrumento que, embora não integrando o regulamento, é fundamental para o plano de benefícios, é a **avaliação atuarial**, cujo conceito é dado pela Resolução CGPC nº 11, de 21.08.2002: "9.2. Entende-se por avaliação atuarial o estudo técnico desenvolvido por atuário, que deverá ter registro junto ao Instituto Brasileiro de Atuária. Este estudo terá por base a massa de participantes, de assistidos e de beneficiários, admitidas hipóteses biométricas, demográficas, econômicas e financeiras, e será realizado com o objetivo principal de dimensionar os compromissos do plano de benefícios e estabelecer o plano de custeio de forma a manter o equilíbrio e a solvência atuarial, bem como o montante das reservas matemáticas e fundos previdenciais". A avaliação atuarial fornece os elementos para a elaboração do plano de custeio, e serve de base para o preenchimento do DRAA – Demonstra-

Em função desta disposição, que exige o permanente equilíbrio, coloca-se a questão do tratamento que deve ser dados ao plano de benefícios quando houver *superávit ou déficit*.

De início cabe ressaltar que planos de benefícios da modalidade contribuição definida, que não contêm qualquer elemento de mutualismo, não estão sujeitos a déficit ou superávit. Todos os resultados do plano no exercício, sejam positivos ou negativos, são apropriados pelas contas individuais dos participantes.

Quanto aos planos BD ou CV, aplicam-se as disposições dos artigos 20 e 21 da LC 109/01:

**Art. 20**. O resultado superavitário dos planos de benefícios das entidades fechadas, ao final do exercício, satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados planos, será destinado à constituição de reserva de contingência, para garantia de benefícios, até o limite de vinte e cinco por cento do valor das reservas matemáticas.

§ 1° Constituída a reserva de contingência, com os valores excedentes será constituída reserva especial para revisão do plano de benefícios.

§ 2° A não utilização da reserva especial por três exercícios consecutivos determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios da entidade.

§ 3° Se a revisão do plano de benefícios implicar redução de contribuições, deverá ser levada em consideração a proporção existente entre as contribuições dos patrocinadores e dos participantes, inclusive dos assistidos.

**Art. 21**. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas





contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar.

§ 1° O equacionamento referido no caput poderá ser feito, dentre outras formas, por meio do aumento do valor das contribuições, instituição de contribuição adicional ou redução do valor dos benefícios a conceder, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 2° A redução dos valores dos benefícios não se aplica aos assistidos, sendo cabível, nesse caso, a instituição de contribuição adicional para cobertura do acréscimo ocorrido em razão da revisão do plano.

§ 3° Na hipótese de retorno à entidade dos recursos equivalentes ao déficit previsto no caput deste artigo, em conseqüência de apuração de responsabilidade mediante ação judicial ou administrativa, os respectivos valores deverão ser aplicados necessariamente na redução proporcional das contribuições devidas ao plano ou em melhoria dos benefícios.

O segundo instrumento que, embora não integrando o regulamento, é fundamental para o plano de benefícios, é a **avaliação atuarial**, cujo conceito é dado pela Resolução CGPC nº 11, de 21.08.2002: "9.2. Entende-se por avaliação atuarial o estudo técnico desenvolvido por atuário, que deverá ter registro junto ao Instituto Brasileiro de Atuária. Este estudo terá por base a massa de participantes, de assistidos e de beneficiários, admitidas hipóteses biométricas, demográficas, econômicas e financeiras, e será realizado com o objetivo principal de dimensionar os compromissos do plano de benefícios e estabelecer o plano de custeio de forma a manter o equilíbrio e a solvência atuarial, bem como o montante das reservas matemáticas e fundos previdenciais". A avaliação atuarial fornece os elementos para a elaboração do plano de custeio, e serve de base para o preenchimento do DRAA – Demonstra-

tivo dos Resultados da Avaliação Atuarial, de que trata a Portaria SPC nº 140, de 13.10.1995.

## 16 O CONVÊNIO DE ADESÃO E O TERMO DE ADESÃO

O convênio de adesão é o instrumento contratual que vincula um patrocinador ou instituidor a um plano de benefícios administrado por entidade fechada de previdência complementar. Tanto é possível celebrar o convênio de adesão a um plano já existente, e que já conta com outros patrocinadores ou instituidores, quanto é possível celebrar convênio de adesão a plano recém criado, e que ainda não tem participantes inscritos e nem outros patrocinadores ou instituidores.

Já o termo de adesão é o instrumento que disciplina as obrigações da entidade fechada que quiser patrocinar plano de benefícios para seus próprios empregados.

O convênio de adesão é previsto no art. 13, *caput* da LC 109/01:

> "**Art. 13**. A formalização da condição de patrocinador ou instituidor de plano de benefício dar-se-á mediante convênio de adesão a ser celebrado entre o patrocinador ou instituidor e a entidade fechada, em relação a cada plano de benefícios por esta administrado e executado, mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador, conforme regulamentação do Poder Executivo."

A regulamentação deste dispositivo coube ao art. 61 do Decreto n.º 4.942/03. Seu *caput* praticamente repete o *caput* do art. 13 da LC 109/01, com aprimoramentos redacionais, e seus parágrafos acrescentam disposições regulamentadoras:





> "§ 1º O convênio de adesão é o instrumento por meio do qual as partes pactuam suas obrigações e direitos para administração e execução de plano de benefícios.
>
> § 2º O Conselho de Gestão da Previdência Complementar estabelecerá as cláusulas mínimas do convênio de adesão.
>
> § 3º A entidade fechada de previdência complementar, quando admitida na condição de patrocinador de plano de benefícios para seus empregados, deverá submeter previamente à Secretaria de Previdência Complementar termo próprio de adesão a um dos planos que administra, observado o estabelecido pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar."

Quanto às suas **cláusulas principais**, a Resolução CGPC n.º 08, de 19.02.2004, prevê o conteúdo mínimo de um convênio de adesão:

> "**Art. 3º** O convênio de adesão deverá conter:
>
> I – qualificação das partes e de seus representantes legais;
>
> II – indicação do plano de benefícios a que se refere a adesão;
>
> III – cláusulas referentes aos direitos e às obrigações de patrocinador ou instituidor e da entidade fechada de previdência complementar;
>
> IV – cláusula com indicação do início de vigência do convênio de adesão;
>
> V- cláusula com indicação de que o prazo de vigência será por tempo indeterminado;
>
> VI – condição de retirada de patrocinador ou instituidor;
>
> VII – previsão de solidariedade ou não, entre patrocinadores ou entre instituidores, com relação aos respectivos planos;
>
> VIII – foro para dirimir todo e qualquer questionamento oriundo do convênio de adesão.

No caso do patrocinador regido pela LC 108/01, serão submetidas ao órgão fiscalizador, acompanhada de **prévia manifestação** favorável do órgão responsável pela supervisão, pela coordenação e pelo controle do patrocinador:

- a proposta de instituição de plano de benefícios;
- a adesão a plano de benefícios já existente;
- a proposta de alteração no plano de benefícios que implique elevação da contribuição de patrocinadores

No âmbito da União, o controle das estatais cabe ao DEST – Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais, departamento integrante da Secretaria-Executiva do Ministério do Planejamento. No âmbito dos demais entes federativos (Estados, Distrito Federal e Municípios), frequentemente o patrocinador tem autonomia para decidir estas questões. Mesmo quando não tem, nem sempre há um órgão especialmente encarregado desta atribuição, ficando a tarefa, em geral, a cargo das Secretarias de Fazenda ou de Administração.

Um aspecto particularmente importante do convênio de adesão é a previsão de existência ou inexistência de **solidariedade** entre patrocinadores ou entre instituidores, com relação aos respectivos planos de benefícios.

A solidariedade entre patrocinadores ou entre instituidores é admitida desde que expressamente convencionada (LC 109/01, art. 13, § 1º). Como a solidariedade não se presume, resultando apenas da lei ou da vontade das partes (Código Civil, art. 265), a ausência de cláusula tratando de solidariedade significa que as obrigações em relação a plano de benefícios co-patrocinado ou co-instituído são não solidárias.





Entretanto, em nome da segurança jurídica, a Resolução CGPC n.º 08/04 exigiu que os convênios de adesão firmados a partir de sua entrada em vigor trouxessem expressamente cláusula instituindo ou afastando a solidariedade.

Observe-se, contudo, que há casos de solidariedade decorrente da lei. São as hipóteses de obrigação indivisível (Código Civil, artigos 258 e 259). Trazendo esta disposição ao universo da previdência complementar, é possível admitir que, independentemente de previsão contratual neste sentido, haja solidariedade entre patrocinadores em relação às obrigações inerentes à própria entidade, e não a um ou outro plano de benefícios.

O **término do contrato** cujo instrumento é o convênio de adesão se dá pela extinção do plano ou pela retirada de patrocínio, aspectos que por sua importância são tratados em item específico abaixo (item 18).

## 17 A INSCRIÇÃO DO PARTICIPANTE

O caráter contratual da previdência complementar, que decorre do art. 202 da CF, significa não só que os patrocinadores e instituidores devem voluntariamente oferecer planos de previdência para seus empregados ou associados, mas também que o ingresso e permanência dos participantes em planos de previdência é **voluntário**, como aliás deixa claro o § 2º do art. 16 da LC 109/01.

Trata-se, portanto, da celebração de um contrato.

As cláusulas deste contrato estão expressas no regulamento do plano de benefícios ao qual o participante adere. Contudo, como o participante não pode livremente discutir

No caso do patrocinador regido pela LC 108/01, serão submetidas ao órgão fiscalizador, acompanhada de **prévia manifestação** favorável do órgão responsável pela supervisão, pela coordenação e pelo controle do patrocinador:

- a proposta de instituição de plano de benefícios;
- a adesão a plano de benefícios já existente;
- a proposta de alteração no plano de benefícios que implique elevação da contribuição de patrocinadores

No âmbito da União, o controle das estatais cabe ao DEST – Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais, departamento integrante da Secretaria-Executiva do Ministério do Planejamento. No âmbito dos demais entes federativos (Estados, Distrito Federal e Municípios), frequentemente o patrocinador tem autonomia para decidir estas questões. Mesmo quando não tem, nem sempre há um órgão especialmente encarregado desta atribuição, ficando a tarefa, em geral, a cargo das Secretarias de Fazenda ou de Administração.

Um aspecto particularmente importante do convênio de adesão é a previsão de existência ou inexistência de **solidariedade** entre patrocinadores ou entre instituidores, com relação aos respectivos planos de benefícios.

A solidariedade entre patrocinadores ou entre instituidores é admitida desde que expressamente convencionada (LC 109/01, art. 13, § 1º). Como a solidariedade não se presume, resultando apenas da lei ou da vontade das partes (Código Civil, art. 265), a ausência de cláusula tratando de solidariedade significa que as obrigações em relação a plano de benefícios co-patrocinado ou co-instituído são não solidárias.





Entretanto, em nome da segurança jurídica, a Resolução CGPC n.º 08/04 exigiu que os convênios de adesão firmados a partir de sua entrada em vigor trouxessem expressamente cláusula instituindo ou afastando a solidariedade.

Observe-se, contudo, que há casos de solidariedade decorrente da lei. São as hipóteses de obrigação indivisível (Código Civil, artigos 258 e 259). Trazendo esta disposição ao universo da previdência complementar, é possível admitir que, independentemente de previsão contratual neste sentido, haja solidariedade entre patrocinadores em relação às obrigações inerentes à própria entidade, e não a um ou outro plano de benefícios.

O **término do contrato** cujo instrumento é o convênio de adesão se dá pela extinção do plano ou pela retirada de patrocínio, aspectos que por sua importância são tratados em item específico abaixo (item 18).

## 17 A INSCRIÇÃO DO PARTICIPANTE

O caráter contratual da previdência complementar, que decorre do art. 202 da CF, significa não só que os patrocinadores e instituidores devem voluntariamente oferecer planos de previdência para seus empregados ou associados, mas também que o ingresso e permanência dos participantes em planos de previdência é **voluntário**, como aliás deixa claro o § 2º do art. 16 da LC 109/01.

Trata-se, portanto, da celebração de um contrato.

As cláusulas deste contrato estão expressas no regulamento do plano de benefícios ao qual o participante adere. Contudo, como o participante não pode livremente discutir

as cláusulas deste contrato com a entidade de previdência complementar que o administra, este contrato é caracterizado como um **contrato de adesão**.

## 18 EXTINÇÃO DE PLANO E RETIRADA DE PATROCÍNIO

O art. 25 da LC 109/01 contempla a hipótese de um plano chegar a seu final. Isto pode ocorrer por diversas razões. São situações que levam à **extinção** do plano de benefícios:

- saída do último participante ou assistido do plano (pelo falecimento, por exemplo)
- liquidação extrajudicial do plano
- incorporação do plano por outro plano de benefícios
- transferência de todos os participantes e assistidos para outro plano de benefícios

Além da extinção do plano por uma das hipóteses acima previstas, pode ocorrer também a **retirada de patrocínio**, isto é, o término do contrato que teve início com a celebração do convênio de adesão entre entidade fechada e patrocinador. A retirada de patrocínio é regida pela Resolução CGPC nº 06, de 07.04.1988, norma esta que se encontra bastante defasada, tendo em vista que foi concebida antes de fenômenos que marcam a previdência complementar hoje, como o multipatrocínio, o plano de contribuição definida e o multiplano.

## 19 SEGURO

A Resolução CGPC n.º 10, de 30.03.2004, autoriza, em determinadas condições, a contratação de seguro por entidade fechada de previdência complementar.





O seguro terá por objeto a cobertura de riscos atuariais decorrentes da concessão de benefícios devidos em razão de morte ou invalidez (benefícios não programados). A indenização será paga pela seguradora ao plano de benefícios.

Esta contratação, em princípio, é faculdade da entidade de previdência, mas a SPC poderá exigir a contratação de cobertura parcial ou total dos riscos atuariais como condição para que benefícios não programados sejam oferecidos por plano de benefícios.

É vedada a contratação de seguro em relação a planos cujo modelagem seja de benefício definido.

## 20 REGIME DISCIPLINAR

- No desempenho das atividades de fiscalização das entidades de previdência complementar, os servidores do órgão regulador e fiscalizador terão livre acesso às respectivas entidades, delas podendo requisitar e apreender livros, notas técnicas e quaisquer documentos, caracterizando-se embaraço à fiscalização, sujeito às penalidades previstas em lei, qualquer dificuldade oposta à consecução desse objetivo;
- A fiscalização a cargo do Estado não exime os patrocinadores e os instituidores da responsabilidade pela supervisão sistemática das atividades das suas respectivas entidades fechadas;
- As pessoas físicas ou jurídicas submetidas ao regime disciplinar da Lei Complementar 109/2001 ficam obrigadas a prestar quaisquer informações ou esclarecimentos solicitados pelo órgão regulador e fiscalizador;

- Compete privativamente ao órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas ( SPC e CGPC) zelar pelas sociedades civis e fundações de previdência complementar, como definido no art. 31 da Lei Complementar 109/2001, não se aplicando a estas o disposto nos artigos 26 e 30 do Código Civil Brasileiro e 1.200 a 1.204 do Código de Processo Civil e demais disposições em contrário.
- Os administradores de entidade, os procuradores com poderes de gestão, os membros de conselhos estatutários, o interventor, o liquidante, os administradores dos patrocinadores ou instituidores, os atuários, os auditores independentes, os avaliadores de gestão e outros profissionais que prestem serviços técnicos à entidade, diretamente ou por intermédio de pessoa jurídica contratada *responderão civilmente pelos danos ou prejuízos que causarem, por ação ou omissão*, às entidades de previdência complementar.
- O órgão fiscalizador competente, o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários ou a Secretaria da Receita Federal, constatando a existência de práticas irregulares ou indícios de crimes em entidades de previdência complementar, noticiará ao Ministério Público, enviando-lhe os documentos comprobatórios.
- O sigilo de operações não poderá ser invocado como óbice à troca de informações entre os órgãos mencionados no caput, nem ao fornecimento de informações requisitadas pelo Ministério Público.
- A infração de quaisquer dispositivos das Leis Complementares 108/2001 e 109/2001 ou de seus regulamentos, para a qual não haja penalidade expressamente cominada, sujeita a pessoa física ou jurídica responsável, conforme o caso e a gravidade da





infração, às seguintes penalidades administrativas, observado o disposto em regulamento:

1. Advertência;
2. Suspensão do exercício de atividades em entidades de previdência complementar pelo prazo de até cento e oitenta dias;
3. Inabilitação, pelo prazo de dois a dez anos, para o exercício de cargo ou função em entidades de previdência complementar, sociedades seguradoras, instituições financeiras e no serviço público;
4. Multa de dois mil reais a um milhão de reais, devendo esses valores, a partir da publicação desta Lei Complementar, ser reajustados de forma a preservar, em caráter permanente, seus valores reais que será imputada ao agente responsável, respondendo solidariamente a entidade de previdência complementar, assegurado o direito de regresso, e poderá ser aplicada cumulativamente com as constantes dos itens 1, 2 e 3 acima.

- Das decisões do órgão fiscalizador caberá recurso, no prazo de quinze dias, com efeito suspensivo, ao órgão competente.
- Na hipótese do item 4, letra h, acima, o recurso somente será conhecido se for comprovado pelo requerente o *pagamento antecipado*, em favor do órgão fiscalizador, *de trinta por cento do valor da multa aplicada*.
- Em caso de reincidência, a multa será aplicada em dobro.
- As infrações serão apuradas mediante processo administrativo, na forma do regulamento,

aplicando-se, no que couber, o disposto na Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

- O exercício de atividade de previdência complementar por qualquer pessoa, física ou jurídica, sem a autorização devida do órgão competente, inclusive a comercialização de planos de benefícios, bem como a captação ou a administração de recursos de terceiros com o objetivo de, direta ou indiretamente, adquirir ou conceder benefícios previdenciários sob qualquer forma, submete o responsável à penalidade de inabilitação pelo prazo de dois a dez anos para o exercício de cargo ou função em entidade de previdência complementar, sociedades seguradoras, instituições financeiras e no serviço público, além de multa aplicável de acordo com o disposto no inciso IV do art. 65 da Lei Complementar 109/2001, bem como noticiar ao Ministério Público.

## 21 REGIMES ESPECIAIS

O órgão regulador e fiscalizador poderá, em relação às entidades fechadas, nomear *administrador especial*, a expensas da entidade, com poderes próprios de *intervenção* e de *liquidação extrajudicial*, com o objetivo de *sanear plano de benefícios específico*. A intervenção cessará quando aprovado o plano de recuperação da entidade pelo órgão competente ou se decretada a sua liquidação extrajudicial.

### Liquidação extrajudicial

- A *liquidação extrajudicial* será decretada quando reconhecida a inviabilidade de recuperação da entidade





de previdência complementar ou pela ausência de condição para seu funcionamento, entendida como o não atendimento às condições mínimas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

- A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:

1. Suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda.
2. O vencimento antecipado das obrigações da liquidanda.
3. Não incidência de penalidades contratuais contra a entidade por obrigações vencidas em decorrência da decretação da liquidação extrajudicial.
4. Não fluência de juros contra a liquidanda enquanto não integralmente pago o passivo.
5. Interrupção da prescrição em relação às obrigações da entidade em liquidação.
6. Suspensão de multa e juros em relação às dívidas da entidade.
7. Inexigibilidade de penas pecuniárias por infrações de natureza administrativa.
8. Interrupção do pagamento à liquidanda das contribuições dos participantes e dos patrocinadores, relativas aos planos de benefícios.

- O liquidante organizará o quadro geral de credores, realizará o ativo e liquidará o passivo.
- Os participantes, inclusive os assistidos, dos planos de benefícios ficam dispensados de se habilitarem a seus respectivos créditos, estejam estes sendo recebidos ou não.

- Os participantes, inclusive os assistidos, dos planos de benefícios terão privilégio especial sobre os ativos garantidores das reservas técnicas e, caso estes não sejam suficientes para a cobertura dos direitos respectivos, privilégio geral sobre as demais partes não vinculadas ao ativo.
- Os participantes que já estiverem recebendo benefícios, ou que já tiverem adquirido este direito antes de decretada a liquidação extrajudicial, terão preferência sobre os demais participantes.
- Os créditos acima referidos nos itens anteriores não têm preferência sobre os créditos de natureza trabalhista ou tributária.
- Serão obrigatoriamente levantados, na data da decretação da liquidação extrajudicial de entidade de previdência complementar, o balanço geral de liquidação e as demonstrações contábeis e atuariais necessárias à determinação do valor das reservas individuais.
- A liquidação extrajudicial poderá, a qualquer tempo, ser levantada, desde que constatados fatos supervenientes que viabilizem a recuperação da entidade de previdência complementar.
- A liquidação extrajudicial das entidades fechadas encerrar-se-á com a aprovação, pelo órgão regulador e fiscalizador, das contas finais do liquidante e com a baixa nos devidos registros.
- Se ficar comprovada pelo liquidante a inexistência de ativos para satisfazer a possíveis créditos reclamados contra a entidade, deverá tal situação ser comunicada ao juízo competente e efetivados os devidos registros, para o encerramento do processo de liquidação.





- As entidades fechadas *não poderão solicitar concordata e não estão sujeitas a falência, mas somente a liquidação extrajudicial.*

**Intervenção**

- *Intervenção*: para resguardar os direitos dos participantes e assistidos poderá ser decretada a intervenção na entidade de previdência complementar, desde que se verifique, *isolada ou cumulativamente*:

1. Irregularidade ou insuficiência na constituição das reservas técnicas, provisões e fundos, ou na sua cobertura por ativos garantidores.
2. Aplicação dos recursos das reservas técnicas, provisões e fundos de forma inadequada ou em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos competentes.
3. Descumprimento de disposições estatutárias ou de obrigações previstas nos regulamentos dos planos de benefícios, convênios de adesão.
4. Situação econômico-financeira insuficiente à preservação da liquidez e solvência de cada um dos planos de benefícios e da entidade no conjunto de suas atividades
5. Situação atuarial desequilibrada.
6. Outras anormalidades definidas em regulamento.

**Administração especial**

A nomeação de administrador especial é prevista no art. 42 da LC 109/01.

> Art. 42. O órgão regulador e fiscalizador poderá, em relação às entidades fechadas, nomear administrador especial, a expensas da entidade, com poderes próprios de intervenção e de liquidação extrajudicial, com o objetivo de sanear plano de benefícios específico, caso seja constatada na sua administração e execução alguma das hipóteses previstas nos artigos 44 e 48 desta Lei Complementar.
>
> Parágrafo único. O ato de nomeação de que trata o *caput* estabelecerá as condições, os limites e as atribuições do administrador especial.

O **cabimento** da administração especial se dá nos mesmos casos em que é cabível a intervenção ou liquidação extrajudicial da entidade fechada. Apenas na administração especial a incidência da medida é apenas sobre plano de benefícios específico, não afetando a governança da entidade fechada nem os demais planos que ela opera.

Pelo art. 12, IX do Decreto n.º 5.469, de 15.06.2005, é **competência** do Secretário de Previdência Complementar "decretar a administração especial em planos de benefícios operados pelas entidades fechadas de previdência complementar, (...) nomeando o respectivo administrador especial (...)".

O acompanhamento e orientação das ações relacionadas à atuação do administrador especial cabe ao Departamento de Fiscalização da SPC (Decreto n.º 5.469/05, art. 17, VIII).

O **objetivo** da administração especial é sanear plano de benefícios, mas como o administrador pode ser investido dos poderes de liquidação extrajudicial, não se exclui que este saneamento, ficando caracterizada a inviabilidade da





recuperação, se dê por meio da liquidação extrajudicial do plano. Mas a regra é que a atuação do administrador seja no sentido de buscar o restauração do equilíbrio do plano sobre o qual incide a administração especial.

Quanto aos **poderes** do administrador especial, cabe ressaltar que, enquanto pelo *caput* do artigo acima transcrito seus poderes são equiparados aos do interventor ou liquidante, pelo parágrafo único a referência para o estabelecimento das condições, limites e atribuições do administrador especial é o ato de nomeação. Entende-se, portanto, que os poderes de interventor ou liquidante são os *poderes máximos* do administrador especial, mas seu real alcance depende dos termos do ato de nomeação.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. MPAS – Secretaria de Previdência Complementar. **Reformas dos sistemas de pensão na América Latina**. Brasília, 2002.

CAPELO, Emílio Recamonde. **Benefício proporcional diferido na previdência complementar.** Brasília: MPAS – Secretaria de Previdência Complementar, 2000.

CAVALCANTI, Francisco. **O novo regime previdenciário dos servidores públicos**. Recife: Nossa Livraria, 1999.

GONÇALVES, Odonel Urbano. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Atlas, 1993.

GUSHIKEN, Luíz et al. **Regime próprio de previdência dos servidores: como implementar? Uma visão teórica e prática.**

Brasília: MPAS – Secretaria de Previdência Complementar, 2002.

KANDIR, Antônio et al. Previdência social: a experiência internacional. In: A PREVIDÊNCIA SOCIAL E A REVISÃO CONSTITUCIONAL. Brasília: Ministério da Previdência Social, 1994.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários à lei básica da previdência complementar**. São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Curso de Direito Previdenciário**. Tomo IV: Previdência Complementar. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002. Tomo IV: Previdência Complementar

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. São Paulo: Atlas, 1992.

MELO, Fernando Antônio Pimentel de. **Reflexões sobre o novo modelo previdenciário brasileiro**. [s.l.] :Edições Consultor, 2003.

RABELO, Flávio Marcílio. **Novas fronteiras de investimento das entidades fechadas de previdência complementar.** Brasília: MPAS – Secretaria de Previdência Complementar, 2000.

_____. **Regimes próprios de previdência:** modelo organizacional, legal e gestão de investimentos. Brasília: MPAS – Secretaria de Previdência Complementar, 2001.

REIS, Adacir (coordenador). **Fundos de pensão em debate**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.





ROCHA, José Sergio. WAMBIER, Telmo. **Petros:** 30 anos de história. Rio de Janeiro: PETROS – Mauad, 2000.

RODRIGUES, Flávio Martins. **Fundos de pensão de servidores públicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Fundos de pensão:** temas jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEIXEIRA, Raul. **Seguro, previdência privada e capitalização**: uma visão institucional. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TODESCHINI, Remígio. **Gestão da previdência pública e fundos de pensão**: a participação da comunidade. São Paulo: LTr, 2000.

VÁRIOS AUTORES. **Revolução na previdência:** Argentina – Chile – Peru – Brasil. Tradução de Tânia Marques Cardoso e Paulo Castanheira. São Paulo: Geração Editorial, 1998.

VIANNA, Maria Lúcia T. Werneck. Perspectivas da seguridade social nas economias centrais: subsídios para discutir a reforma brasileira. In : A PREVIDÊNCIA SOCIAL E A REVISÃO CONSTITUCIONAL. Brasília: Ministério da Previdência Social, 1994.

VIEIRA, Hermes Pio. Eloy Chaves: precursor da Previdência Social no Brasil. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. **Previdência privada**: atual conjuntura e sua função complementar ao regime geral de previdência social. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BIBLIOTECA DA
ESMAPE

# CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL: A EFICÁCIA *ERGA OMNES* EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO

***Luiz Henrique Diniz Araujo***
Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco. Procurador Federal.

**SUMÁRIO**

INTRODUÇÃO. 1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO. AS INFLUÊNCIAS NORTE AMERICANA E EUROPÉIA. CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS. 1.1 O Sistema Norte Americano. 1.2 O Modelo Austríaco (Kelseniano). 1.3 OS Modelos Alemão e Italiano. 1.4 O Sistema Brasileiro. 2 A EFICÁCIA ERGA OMNES. A EFICÁCIA ERGA OMNES EM SEDE DE CONTROLE. 3 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo realiza, inicialmente, uma breve análise dos sistemas de controle de constitucionalidade americano, austríaco, alemão e italiano, a fim de apontar elementos desses sistemas que foram incorporados ao brasi-

BIBLIOTECA DA
ESMAPE

# CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL: A EFICÁCIA *ERGA OMNES* EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO

***Luiz Henrique Diniz Araujo***
Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco. Procurador Federal.

**SUMÁRIO**

INTRODUÇÃO. 1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO. AS INFLUÊNCIAS NORTE AMERICANA E EUROPÉIA. CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS. 1.1 O Sistema Norte Americano. 1.2 O Modelo Austríaco (Kelseniano). 1.3 OS Modelos Alemão e Italiano. 1.4 O Sistema Brasileiro. 2 A EFICÁCIA ERGA OMNES. A EFICÁCIA ERGA OMNES EM SEDE DE CONTROLE. 3 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo realiza, inicialmente, uma breve análise dos sistemas de controle de constitucionalidade americano, austríaco, alemão e italiano, a fim de apontar elementos desses sistemas que foram incorporados ao brasi-

leiro. 2. Na parte central do trabalho, tenta-se demonstrar o acerto em se conceder o caráter de *stare decisis* às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal em controle difuso, as quais poderiam, pois, produzir efeitos *erga omnes*. Demonstra-se, assim, que esse entendimento, até o momento esposado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes e Eros Grau, na Rcl 4335-5/AC, atenderia à necessidade de isonomia entre os jurisdicionados, à redução de litígios judiciais e à uniformização do Direito.

## 1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO. AS INFLUÊNCIAS NORTE AMERICANA E EUROPÉIA. CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS

Desenvolvidos a partir de momentos históricos e concepções filosóficas diversas, os sistemas de controle de constitucionalidade no mundo ocidental são divididos, para fins de estudo, em sistema de controle difuso e sistema de controle concentrado, ou, respectivamente, sistema norte americano ou sistema europeu.

O objetivo desta primeira parte do trabalho, quanto aos sistemas americano e europeu, é analisá-los didaticamente, em ordem a explorar as características básicas que foram depois tomadas de empréstimo pelo sistema brasileiro.

### 1.1 O Sistema Norte Americano

O sistema americano tem base jurisprudencial na decisão do caso "Marbury *vs.* Madison", com o célebre raciocínio do juiz Marshall sobre a natureza das Constituições escritas. Sustentava ele então a irrefutável tese da supremacia da lei





constitucional sobre a lei ordinária, ao declarar, na espécie julgada, que todo ato do Congresso contrário à Constituição federal deveria ser tido por nulo, inválido e ineficaz.

Estabeleceu-se desde aí um sistema americano de controle que consagra a via de exceção, de modo que todo tribunal federal ou estadual, não importa a sua natureza ou grau hierárquico, poderá exercitar esse controle, sentenciando numa demanda a inconstitucionalidade da lei.

As vias recursais se exaurem no aresto final da Suprema Corte. Ela exerce função unificadora da jurisprudência, uma vez que suas decisões detêm eficácia *erga omnes*, pondo termo assim às vacilações interpretativas, do mesmo passo que remove o estado de incerteza e apreensão acerca da validade da lei, oriundo de decisões contraditórias dos órgãos de jurisdição inferior.

Consoante Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins, "O sistema americano, por seu turno, perde em parte a característica de um modelo voltado para a defesa de posições exclusivamente subjetivas e adota uma modelagem processual que valora o interesse público em sentido amplo. A abertura processual largamente adotada pela via do *amicus curiae* amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional. A adoção do *writ of certiorari* como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema e o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis* conferem ao processo natureza fortemente objetiva"[1].

Mas, como adverte Paulo Bonavides, "o controle de constitucionalidade no sistema americano não se confina tão-

[1] p. 2

somente à via de exceção; abrange também outras técnicas, de natureza um tanto preventiva, como a *injunction* e o 'julgamento declaratório' (...)".[2]

Outra característica do sistema americano é a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade por parte de juiz singular.

## 1.2 O Modelo Austríaco (Kelseniano)

O modelo austríaco traduz uma nova concepção de controle de constitucionalidade. Outorgou-se ao Tribunal Constitucional a competência para dirimir as questões constitucionais, mediante requerimento especial, formulado pelo Governo Federal, com referência a leis estaduais, ou pelos Governos estaduais, no tocante às leis federais. Não se exige, porém, a demonstração de ofensa a qualquer interesse particular ou situação subjetiva.

Inexistia, porém, previsão quanto ao controle concreto de normas relativo aos processos pendentes perante outros juízos ou Tribunais. Esse controle concreto somente foi introduzido em 1929. Conciliou-se, assim, sob a inspiração Kelseniana, o sistema de controle direto com modalidade de controle concreto, provocado no curso de uma pendência judicial.

Verifica-se que Kelsen concebeu, a par do controle concreto, também o controle abstrato, conforme ensinamento de Gilmar Mendes e Ives Gandra[3]:

[2] p. 316
[3] p. 18





> Ao conjugar a forma direta de controle e o controle *concreto*, imaginava Kelsen ter superado o grande problema identificado nos Estados Unidos, onde se ressentia da falta de uma modalidade autônoma de controle.

## 1.3 OS Modelos Alemão e Italiano

O modelo de jurisdição concentrada concebido por Kelsen, e consagrado pela Constituição austríaca de 1920/1929, veio a ser adotado, inicialmente, na Itália e na Alemanha. Os sistemas apresentam claras semelhanças. A utilização da ação direta, cuja titularidade se deferiu a determinados órgãos políticos, e a eficácia *erga omnes* das decisões proferidas pela Corte Constitucional são traços do modelo desenvolvido por Hans Kelsen.

Todavia, as Constituições italiana e alemã não contêm o grave defeito contemplado, inicialmente, no sistema austríaco, que era omisso quanto ao controle judicial concreto.

Segundo afirmam Gilmar Mendes e Ives Gandra Martins[4]:

> Dessarte, na Itália, em conformidade com o disposto no art. 137 da Constituição, a lei de 9 de fevereiro de 1948 estabeleceu que quando a questão de legitimidade seja 'rilevata d'ufficio o solievata da uma delle parti nel corso di um giudizio...può in tal caso essere rimessa alla Corte Constituzionale per la sua decisione'. Também no Direito alemão consagra-se o controle concreto de normas (Richtervorlage), estabelecendo-se que, quando um Tribunal considerar inconstitucional uma lei de cuja valida-

[4] p. 18s

> de dependa a decisão, terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do Tribunal estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da Constituição de um Estado, ou à do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar de violação da Lei Fundamental (Lei Fundamental, art. 100, I).

## 1.4 O Sistema Brasileiro

A combinação de elementos dos sistemas americano e com os europeus, acima demonstrados em suas linhas gerais, e no que interessa a este trabalho, acabou por dar surgimento a sistemas mistos, como é o caso do brasileiro, que tentou realizar a união do controle difuso norte americano com o controle concentrado presente em ordenamentos europeus.

De acordo com José Afonso da Silva[5]:

> O sistema (brasileiro) é o jurisdicional instituído com a Constituição de 1891 que, sob a influência do constitucionalismo norte-americano, acolhera o critério do controle difuso por via de exceção, que perdurou nas constituições sucessivas até a vigente.
>
> As constituições posteriores à de 1891, contudo, foram introduzindo novos elementos, de sorte que, aos poucos, o sistema se afastara do puro critério difuso com a adoção de aspectos do método concentrado, sem, no entanto, aproximar-se do europeu.

A Constituição Federal de 1988 promoveu grandes mudanças no sistema brasileiro, principalmente com a ampliação do rol dos legitimados à propositura de ação direta, antes conferida tão-somente ao Procurador Geral da República. Por outro lado, manteve o sistema de controle difuso.

[5] p. 50





Nos termos do art. 103 da Constituição Federal de 1988, dispõem de legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

A partir da Emenda Constitucional n.º 45 (Reforma do Poder Judiciário), o art. 103, *caput*, da CF foi alterado, a fim de que os legitimados acima citados também o sejam para a propositura de ação declaratória de constitucionalidade.

Com essa ampla legitimação, praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes podem ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas, o que acarreta, necessariamente, uma perda de importância, na prática, do controle difuso de normas.

Consoante Gilmar Mendes e Ives Gandra, "essa alteração (ampliação do controle abstrato) não se operou de forma ainda profunda porque o Supremo Tribunal manteve a orientação anterior, que considerava inadmissível o ajuizamento de ação direta contra direito pré-constitucional em face da nova Constituição"[6].

[6] p. 78

O sistema de controle difuso em geral e o brasileiro em particular têm por virtude funcionar como um escudo dos cidadãos contra atos normativos inconstitucionais. Segundo Paulo Bonavides[7]:

> O controle por via de exceção é de sua natureza o mais apto a prover a defesa do cidadão contra atos normativos do Poder, porquanto em toda demanda que suscite controvérsia constitucional sobre lesão de direitos individuais estará sempre aberta uma via recursal à parte ofendida.

No entanto, falha esse sistema, no Brasil, por não dotar as decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal da condição do *stare decisis* do Direito Norte americano. Nesse ordenamento, diferentemente do nosso, o pronunciamento da Suprema Corte, em controle difuso, produz efeitos vinculantes *erga omnes*.

Ao apenas produzir efeitos *inter partes*, a decisão do Supremo Tribunal Federal, em sua concepção até hoje aceita de forma pacífica, sequer vincula os demais órgãos do Poder Judiciário, deixando de cumprir, destarte, a função básica de uniformização da jurisprudência constitucional.

Com efeito, o controle difuso, nos moldes em que adotado pelo ordenamento brasileiro, funciona, tão-somente, como uma garantia individual. Segundo Celso Bastos, "a via de defesa é instrumento da garantia dos direitos subjetivos. A preocupação primeira é restabelecer a ordem jurídica ofendida, liberando alguém da sua carga ilegal (...)[8]

[7] p. 325
[8] P. 357.





No entanto, essa deficiência vem tendo oportunidade de correção com a previsão da súmula vinculante (CF art. 103-A da CF, acrescentado pela EC n.º 45 e regulamentado pela Lei n.º 11.417/2006), bem como a partir da concepção que passa a se formar, inclusive com ecos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que a decisão da Corte em sede de controle difuso de constitucionalidade pode também produzir efeitos *erga omnes*.

A análise dessa nova concepção é também objeto deste trabalho e será realizada no tópico seguinte.

## 2 A EFICÁCIA *ERGA OMNES*. A EFICÁCIA *ERGA OMNES* EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O art. 102, § 2.º, da Constituição Federal, e o art. 28, parágrafo único, da Lei n.º 9868, fixam que as decisões declaratórias de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, em sede de ação direta, detêm eficácia *erga omnes*.

No caso da declaração de inconstitucionalidade, há uma mudança qualitativa na situação jurídica da norma declarada inconstitucional, com a decretação de sua nulidade, de ordinário, e a cassação da lei.

Já quando a declaração é de constitucionalidade, "não se tem, porém, uma mudança qualitativa da situação jurídica. Enquanto a declaração de nulidade importa na cassação da lei, não dispõe a declaração de constitucionalidade de efeito análogo"[9].

[9] MENDES, Jurisdição Constitucional, p. 359.

Distinções à parte entre as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, importante é que a eficácia *erga omnes* quer dizer que todas as pessoas, indistintamente, serão atingidas pela decisão do Supremo Tribunal Federal, nos termos precisos do supra citado art. 28, p.u., da Lei n.º 9.868/1999:

> Art. 28.....
> Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Até momento bastante recente, era quase um axioma o entendimento de que as decisões do STF em controle difuso – salvo se a norma jurídica declarada inconstitucional pelo STF fosse suspensa pelo Senado Federal, nos termos do Art. 52, X, da CF – apenas produzem efeitos *inter partes*.

No entanto, essa concepção vem sofrendo mutação, inclusive já insinuada na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal.

Esse novo posicionamento ficou bastante claro no voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, proferido na Reclamação 4335-5/AC[10], acompanhado, até o momento, pelo Min. Eros Grau.

[10] STF, Rcl 4335-5/AC, Pleno, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, em julgamento. Informativo n.º 466.





Em seu voto, o Relator, Min. Gilmar Mendes, destaca que:

> Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas.

Assim, como bem observa o Ministro, o art. 52, X, da Constituição da República, deve passar por uma releitura, sob pena de preservar arcaísmos que não mais atendem às demandas jurídicas.

Consoante mencionado acima, essa nova concepção atende aos fins mais nobres do Direito e do Poder Judiciário, que é a produção de normas e decisões aplicáveis de forma idêntica aos cidadãos na mesma situação. Ademais, observa a racionalização do funcionamento do Poder Judiciário, com a redução de demandas e a conseqüente realização do paradigma constitucional do julgamento célere (art. 5.º, LXXVIII, acrescentado pela EC n.º 45).

No caso da Rcl 4335-5/AC, por exemplo, o que se pretende é a aplicação, ao caso do Reclamante, do decidido no HC 82.959. No julgamento desse HC, a Corte afastou a

vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, ao considerar inconstitucional o art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos).

Como tomada em HC, a decisão, segundo a concepção tradicional, seria apenas aplicável ao caso do processo. Sobre gerar possíveis injustiças, uma vez que cada órgão judiciário estaria livre para decidir de acordo ou não, a concepção clássica possibilita uma avalanche de processos, manejados por pessoas desejosas de obter a progressão do regime em cada caso particular.

A prevalecer o entendimento esposado pelo Min. Gilmar Mendes, aqui também defendido, todos os órgãos judiciários deverão seguir a orientação do Supremo Tribunal Federal e, caso não o façam, é possível o manejo de reclamação diretamente para a Corte.

Evidentemente, o raciocínio pode se aplicar a diversas outras situações, como é o caso do servidor público ou do contribuinte que obteve vitória no Supremo Tribunal, conquanto outro, em idêntica situação, por não ter recorrido até a última instância, tenha obtido decisão contrária.

Ademais, a extensão dos efeitos à Administração Pública federal, estadual e municipal contribuiria em larga medida para a racionalização do sistema, a partir da uniformização da aplicação do Direito.

Não é demais salientar, outrossim, que a instituição da súmula vinculante, consoante mencionado, já representa uma positivação, de modo explícito, da eficácia geral de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso.





De se observar, contudo, que a eficácia *erga omnes* em sede de controle difuso apenas seria possível caso a decisão fosse proferida em obediência ao art. 22 da Lei n.º 9868/99, que exige a presença de pelo menos oito Ministros para a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado.

Essa aplicação analógica do art. 22 ao controle difuso como condição à eficácia *erga omnes* exige a afetação do julgamento ao plenário do Supremo Tribunal Federal. O julgamento pelas turmas continuaria a produzir os efeitos apenas *inter partes*.

## 3 CONCLUSÃO

O presente estudo pretendeu, inicialmente, discorrer sobre os principais aspectos do controle de constitucionalidade no Brasil.

Para fazê-lo, realizou uma breve análise dos sistemas americano, austríaco, alemão e italiano, a fim de demonstrar elementos que foram retirados desses sistemas e incorporados ao brasileiro.

Assim é que, no Brasil, a Constituição de 1988 prevê duas modalidades de controle, o concentrado, no qual as decisões produzem eficácia *erga omnes*, e o difuso, que só atinge as partes litigantes.

Na parte mais central do trabalho, tentou-se demonstrar o acerto em se conceder o caráter de *stare decisis* às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal em controle difuso, as quais poderiam, pois, produzir efeitos *erga omnes*.

Essa nova concepção, que foi esposada pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Grau, até o momento, no julgamento da Rcl 4335-5/AC, atenderia à necessidade de isonomia entre os jurisdicionados, à redução de litígios judiciais e à uniformização do Direito.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência**, n. 466. Disponível em : <http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info466.asp>. Acesso em: 13 de agosto de 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira ; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.



# BREVES NOTAS SOBRE A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL E A PEC N.º 157

*Marcelo Casseb Continentino*
Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Ex-Advogado da União. Procurador do Estado de Pernambuco. Professor de Direito Constitucional da Faculdade Boa Viagem (FBV) e da Pós-graduação em Direito da ESMAPE.
Críticas e sugestões: marcelo_casseb@yahoo.com.br.

**SUMÁRIO**

1 ALGUNS ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL. 2 LEGITIMIDADE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 3 NECESSIDADE DE RUPTURA COM A ORDEM ANTERIOR E FORMAÇÃO DE UMA NOVA IDENTIDADE. 4 OBSERVAÇÕES FINAIS. 5 REFERÊNCIAS.

## 1 ALGUNS ELEMENTOS PARA UMA TEORIA DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL

Do ponto de vista do constitucionalismo[1], o que o processo constituinte do Iraque teria a ensinar a nós brasilei-

[1] Toma-se por base, aqui, uma concepção ampla de constitucionalismo, que se traduz num ideal de governo limitado por lei, na linha de FRANK MICHELMAN (**Brennan and democracy**. New Jersey: Princeton University, 1999, p. 4). Sobre o conceito de constitucionalismo, é a particularmente interessante a

ros? E por que a pergunta ora formulada teria alguma importância na atual conjuntura jurídico-política brasileira? Teria a história do Iraque algo a ensinar ao Brasil?

Como se sabe, o Iraque atravessou recentemente um processo de criação e institucionalização de uma Constituição (tida por) democrática. Malgrado o Presidente GEORGE W. BUSH[2] insista em acreditar no sucesso da intervenção americana naquele País, que trouxera consigo o estabelecimento de uma Democracia constitucional, noticia MICHEL ROSENFELD[3], destacado constitucionalista norte-americano, que a Constituição implementada no Iraque sofre de grave crise de legitimidade, porquanto não se respeitaram, em seu processo de criação, as diversas identidades existentes traduzíveis em posições jurídico-constitucionais essencialmente

definição de MAURIZIO FIORAVANTI (**Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Trad. Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 85), para quem constitucionalismo "é um conjunto de doutrinas que aproximadamente a partir da metade do século XVII se há dedicado a recuperar no horizonte da Constituição dos modernos o aspecto do limite e da garantia".

[2] Cf. BUSH, George W. **State of the union speech**. Disponivel em: http://www.whitehouse.gov/stateoftheunion/2006/print/index.html . Acesso em: 13 mar.2006. Para mais informações acerca dos aspectos "positivos" da construção da Democracia iraquiana, recomenda-se consultar o site da Casa Branca (http://www.whitehouse.gov). Em sentido contrário, veja a recente declaração do vice-Ministro do Interior do Iraque, HUSSEIN ALI KAMAL, atestando viver o Iraque uma "guerra civil".

[3] Cf. ROSENFELD, Michael. The problem of "identity" in constitution-making and constitutional reform. In: **Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies**. Working Paper n.º 143: p. 1-35, p. 1-2. Em artigo sobre o tema, GAIL M. PRESBEY (Challenges of Founding a New Government in Iraq. In: **Constellations**. Oxford: Vol. 12, n. 4, 2005, p. 521-541) esclarece que, no Iraque, há um grave problema de reconhecimento da autoridade e legitimidade da Constituição e do novo governo, porque o processo constituinte não contou efetivamente com a participação popular. Na condução do processo constituinte, os Estados Unidos ignoraram a função crucial que esse momento exerce para a aceitabilidade da nova ordem. Logo, outra não poderia ser a situação senão a de rejeição do novo sistema constituído.





conflitantes, sobretudo em relação às distintas etnias que integram o povo iraquiano (curdos, chiitas e sunitas).

Sem pretender ir a fundo nos postulados de sua teoria constitucional, a doutrina de MICHEL ROSENFELD tem o mérito de aliar, por um lado, o fenômeno universalizante do constitucionalismo intrinsecamente imbricado com a Democracia e, por outro, as distintas tradições histórico-sociais de cada povo, de cada cultura, no que tange à forma própria e peculiar de uma determinada sociedade auto-constituir-se mediante a adoção de uma Constituição.

Para tanto, ROSENFELD entende a Constituição como produto de um complexo processo de tensão dialética entre a identidade constitucional e as demais identidades parciais (étnicas, culturais, sociais, nacionais) que integram a identidade constitucional[4]. Isso quer dizer que a efetividade e a legitimidade de uma Constituição podem ser reconduzidas à forma de acordo com a qual esse processo de construção da identidade constitucional se orienta. Porque se, sob o ponto de vista normativo, a Constituição está a limitar contrafaticamente as pretensões de constitucionalização dos atores políticos (evitando-se, por exemplo, a permissão da escravidão, de penas cruéis ou tortura) surgidas no seio da sociedade, sob o ponto de vista da realidade social, as identidades parciais terminam por determinar também o sucesso e a efetividade do projeto constitucional que se pretende consolidar, de sorte que a Constituição, passando a absorver novas identidades, caracteriza-se por seu pluralismo, inclusividade e tolerância.

Em outras palavras, a inevitável tensão dialética de várias identidades parciais (integradas por elementos culturais,

[4] Cf. ROSENFELD, Michael. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 21.

ros? E por que a pergunta ora formulada teria alguma importância na atual conjuntura jurídico-política brasileira? Teria a história do Iraque algo a ensinar ao Brasil?

Como se sabe, o Iraque atravessou recentemente um processo de criação e institucionalização de uma Constituição (tida por) democrática. Malgrado o Presidente GEORGE W. BUSH[2] insista em acreditar no sucesso da intervenção americana naquele País, que trouxera consigo o estabelecimento de uma Democracia constitucional, noticia MICHEL ROSENFELD[3], destacado constitucionalista norte-americano, que a Constituição implementada no Iraque sofre de grave crise de legitimidade, porquanto não se respeitaram, em seu processo de criação, as diversas identidades existentes traduzíveis em posições jurídico-constitucionais essencialmente

definição de MAURIZIO FIORAVANTI (**Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Trad. Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 85), para quem constitucionalismo "é um conjunto de doutrinas que aproximadamente a partir da metade do século XVII se há dedicado a recuperar no horizonte da Constituição dos modernos o aspecto do limite e da garantia".

[2] Cf. BUSH, George W. **State of the union speech**. Disponível em: http://www.whitehouse.gov/stateoftheunion/2006/print/index.html . Acesso em: 13 mar.2006. Para mais informações acerca dos aspectos "positivos" da construção da Democracia iraquiana, recomenda-se consultar o site da Casa Branca (http://www.whitehouse.gov). Em sentido contrário, veja a recente declaração do vice-Ministro do Interior do Iraque, HUSSEIN ALI KAMAL, atestando viver o Iraque uma "guerra civil".

[3] Cf. ROSENFELD, Michael. The problem of "identity" in constitution-making and constitutional reform. In: **Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies**. Working Paper n.º 143: p. 1-35, p. 1-2. Em artigo sobre o tema, GAIL M. PRESBEY (Challenges of Founding a New Government in Iraq. In: **Constellations**. Oxford: Vol. 12, n. 4, 2005, p. 521-541) esclarece que, no Iraque, há um grave problema de reconhecimento da autoridade e legitimidade da Constituição e do novo governo, porque o processo constituinte não contou efetivamente com a participação popular. Na condução do processo constituinte, os Estados Unidos ignoraram a função crucial que esse momento exerce para a aceitabilidade da nova ordem. Logo, outra não poderia ser a situação senão a de rejeição do novo sistema constituído.





conflitantes, sobretudo em relação às distintas etnias que integram o povo iraquiano (curdos, chiitas e sunitas).

Sem pretender ir a fundo nos postulados de sua teoria constitucional, a doutrina de MICHEL ROSENFELD tem o mérito de aliar, por um lado, o fenômeno universalizante do constitucionalismo intrinsecamente imbricado com a Democracia e, por outro, as distintas tradições histórico-sociais de cada povo, de cada cultura, no que tange à forma própria e peculiar de uma determinada sociedade auto-constituir-se mediante a adoção de uma Constituição.

Para tanto, ROSENFELD entende a Constituição como produto de um complexo processo de tensão dialética entre a identidade constitucional e as demais identidades parciais (étnicas, culturais, sociais, nacionais) que integram a identidade constitucional[4]. Isso quer dizer que a efetividade e a legitimidade de uma Constituição podem ser reconduzidas à forma de acordo com a qual esse processo de construção da identidade constitucional se orienta. Porque se, sob o ponto de vista normativo, a Constituição está a limitar contrafaticamente as pretensões de constitucionalização dos atores políticos (evitando-se, por exemplo, a permissão da escravidão, de penas cruéis ou tortura) surgidas no seio da sociedade, sob o ponto de vista da realidade social, as identidades parciais terminam por determinar também o sucesso e a efetividade do projeto constitucional que se pretende consolidar, de sorte que a Constituição, passando a absorver novas identidades, caracteriza-se por seu pluralismo, inclusividade e tolerância.

Em outras palavras, a inevitável tensão dialética de várias identidades parciais (integradas por elementos culturais,

[4] Cf. ROSENFELD, Michael. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 21.

ros? E por que a pergunta ora formulada teria alguma importância na atual conjuntura jurídico-política brasileira? Teria a história do Iraque algo a ensinar ao Brasil?

Como se sabe, o Iraque atravessou recentemente um processo de criação e institucionalização de uma Constituição (tida por) democrática. Malgrado o Presidente GEORGE W. BUSH[2] insista em acreditar no sucesso da intervenção americana naquele País, que trouxera consigo o estabelecimento de uma Democracia constitucional, noticia MICHEL ROSENFELD[3], destacado constitucionalista norte-americano, que a Constituição implementada no Iraque sofre de grave crise de legitimidade, porquanto não se respeitaram, em seu processo de criação, as diversas identidades existentes traduzíveis em posições jurídico-constitucionais essencialmente

definição de MAURIZIO FIORAVANTI (**Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 85), para quem constitucionalismo "é um conjunto de doutrinas que aproximadamente a partir da metade do século XVII se há dedicado a recuperar no horizonte da Constituição dos modernos o aspecto do limite e da garantia".

[2] Cf. BUSH, George W. **State of the union speech**. Disponível em: http://www.whitehouse.gov/stateoftheunion/2006/print/index.html . Acesso em: 13 mar.2006. Para mais informações acerca dos aspectos "positivos" da construção da Democracia iraquiana, recomenda-se consultar o site da Casa Branca (http://www.whitehouse.gov). Em sentido contrário, veja a recente declaração do vice-Ministro do Interior do Iraque, HUSSEIN ALI KAMAL, atestando viver o Iraque uma "guerra civil".

[3] Cf. ROSENFELD, Michael. The problem of "identity" in constitution-making and constitutional reform. In: **Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies**. Working Paper n.º 143: p. 1-35, p. 1-2. Em artigo sobre o tema, GAIL M. PRESBEY (Challenges of Founding a New Government in Iraq. In: **Constellations**. Oxford: Vol. 12, n. 4, 2005, p. 521-541) esclarece que, no Iraque, há um grave problema de reconhecimento da autoridade e legitimidade da Constituição e do novo governo, porque o processo constituinte não contou efetivamente com a participação popular. Na condução do processo constituinte, os Estados Unidos ignoraram a função crucial que esse momento exerce para a aceitabilidade da nova ordem. Logo, outra não poderia ser a situação senão a de rejeição do novo sistema constituído.





conflitantes, sobretudo em relação às distintas etnias que integram o povo iraquiano (curdos, chiitas e sunitas).

Sem pretender ir a fundo nos postulados de sua teoria constitucional, a doutrina de MICHEL ROSENFELD tem o mérito de aliar, por um lado, o fenômeno universalizante do constitucionalismo intrinsecamente imbricado com a Democracia e, por outro, as distintas tradições histórico-sociais de cada povo, de cada cultura, no que tange à forma própria e peculiar de uma determinada sociedade auto-constituir-se mediante a adoção de uma Constituição.

Para tanto, ROSENFELD entende a Constituição como produto de um complexo processo de tensão dialética entre a identidade constitucional e as demais identidades parciais (étnicas, culturais, sociais, nacionais) que integram a identidade constitucional[4]. Isso quer dizer que a efetividade e a legitimidade de uma Constituição podem ser reconduzidas à forma de acordo com a qual esse processo de construção da identidade constitucional se orienta. Porque se, sob o ponto de vista normativo, a Constituição está a limitar contrafaticamente as pretensões de constitucionalização dos atores políticos (evitando-se, por exemplo, a permissão da escravidão, de penas cruéis ou tortura) surgidas no seio da sociedade, sob o ponto de vista da realidade social, as identidades parciais terminam por determinar também o sucesso e a efetividade do projeto constitucional que se pretende consolidar, de sorte que a Constituição, passando a absorver novas identidades, caracteriza-se por seu pluralismo, inclusividade e tolerância.

Em outras palavras, a inevitável tensão dialética de várias identidades parciais (integradas por elementos culturais,

[4] Cf. ROSENFELD, Michael. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 21.

étnicos, sociais, religiosos etc.), que vivem num processo de constante interação, gera uma relação recíproca de conformação e modelação da identidade constitucional. Portanto, pode-se chegar a uma provisória e inicial conclusão, a partir da teoria de ROSENFELD, essencial a este breve ensaio, que é a de que a identidade do sujeito constitucional está em que a legitimação do poder constituinte surge do processo que vem de baixo (*comes from below*)[5] para cima; *da*, *para* e *com* a sociedade, jamais de modo a que ela – a sociedade – venha a ficar à margem desse processo. Por isso, a Constituição iraquiana está fadada ao fracasso; por isso, a Constituição brasileira de 1988 deve ser ao máximo implementada, efetivada e vivenciada, mas não vilipendiada como se tem pretendido, mas não violada ao pretexto de se lhe dar cumprimento ou governabilidade ao País, mas não, enfim, revisada ao falacioso argumento de que a Constituição deve ser "recauchutada" para poder ser cumprida.

Embora talvez não seja tão sabido assim, tramita no Congresso Nacional uma Proposta de Emenda à Constituição – a PEC n.º 157, de 04/09/2003, também denominada por seus opositores de "*Reforma do Mal*", de autoria do Deputado Luís Carlos Santos (PFL-SP) – cujo objetivo é convocar uma "Comissão especial" (Assembléia de Revisão Constitucional) que, a partir de 1º de fevereiro de 2007, poderia alterar a Constituição da República de 1988, através de um procedimento mais flexível do que aquele estabelecido para emendar-se a Constituição, a pretexto de propiciar uma pretensa "governabilidade" ao País[6].

[5] Cf. ROSENFELD, Michael. The problem of "identity"... p. 23-24.

[6] Eis o teor do dispositivo que simplifica o processo de emenda à Constituição: "Art. 2 A Revisão Constitucional, consubstanciada em ato único, será promulgada após a aprovação do seu texto, em dois turnos de discussão e votação, por maioria absoluta de votos de cada Casa integrante da Assembléia de Revisão Constitucional e de referendo popular a ser realizado no primeiro domingo de abril de 2008". Na "Justificação" da PEC, podem-se observar os objetivos pretendidos por seu autor: "A significativa mudança dos rumos políticos do país simbolizada pela Constituição de 1988 contrasta – reconheça-se – com as dificuldades técnicas e políticas que seu texto introduziu. Seu caráter excessivamente analítico produz evidentes inconvenientes, sobretudo nos Capítulos e Seções formulados com a finalidade de impor diretrizes programáticas à promoção do bem-estar social. O alto nível de detalhamento assumido pelo texto constitucional torna, na prática, imprescindível que seja modificada a Constituição a cada governo que se elege. Não raro, o projeto político do governante eleito guarda incompatibilidades insuperáveis com a orientação programática da Constituição. Filigranas previdenciárias, administrativas e tributárias espraiam-se por toda a extensão da Carta, suscitando obstáculos, embaraços e impedimentos de toda ordem. À toda evidência, a Constituição brasileira exacerba da tarefa de impor limites aos poderes públicos, constituindo-se em poderoso instrumento de ingovernabilidade. (...) Nesse sentido, a presente proposta tem por objetivo instituir regime especial de reforma da Constituição, ofertando ao país nova oportunidade de proceder tão necessária profilaxia constitucional. Mediante a convocação de uma Assembléia de Revisão Constitucional, busca-se corrigir rumos, adequar instituições, eliminar artificialidades e pormenores, revitalizando o primado do Estado de Direito e a governabilidade do país".

[7] É preciso deixar claro que constitucionalismo, como categoria abstrata e contrafática, não se confunde com o sistema constitucional positivo, com o qual, aliás, vive em constante processo de interrelação dialética. Sobre o tema, vide: ROSENFELD, Michel. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity. In: **Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy – theoretical perspectives (Ed. Michel Rosenfeld)**. Durham and London: Duke University Press, 1994, p. 3-35.





Não obstante serem realidades bem distintas uma da outra, há alguns aspectos do *constitucionalismo*[7] e da Constituição do Iraque, que podem muito bem ser apresentados como um processo de aprendizagem ao constitucionalismo brasileiro e, principalmente, demonstrar que a solução da crise brasileira reside muito além de uma eventual reforma da Constituição.

## 2 LEGITIMIDADE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988[8]

Segundo justifica HABERMAS[9], a legitimidade da Constituição, herança da racionalidade do Direito moderno, decorre dos direitos que os cidadãos reconhecem a si próprios como integrantes de uma comunidade de pessoas livres e iguais. Nas sociedades atuais, a fonte de legitimidade das normas não está para além da realidade compartilhada pelas pessoas, mas, ao contrário, insere-se dentro do contexto em que cada um de nós vive, a partir das práticas comunicativas geradas. Assim, a busca da legitimidade da Constituição assenta-se não sobre uma suposta ordem de valores preestabelecida, mas sobre a noção procedimental em que se assegure aos cidadãos *liberdade* e *igualdade*, inclusive quanto ao processo de elaboração e revisão da Constituição. Por isso, que HABERMAS[10] fala que as "constituições modernas devem-se a uma idéia advinda do direito racional, segundo a qual os cidadãos, por decisão própria, se ligam a uma comunidade de jurisconsortes livres e iguais".

No caso do Brasil, muitos dos analistas da Constituinte de 1987-1988 não hesitaram em reconhecer a legitimidade da Constituição da República de 1988, não obstante o ato de convocação da Assembléia detenha duvidosa constitucionalidade, suas fontes autoritárias e o extremo conservadorismo que permeou na fase inicial dos trabalhos constituintes.

[8] A propósito do tema, ver exame anteriormente realizado: CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Legitimidade da Constituição de 1988: a questão do poder constituinte. In: **Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco**. Recife: ESMAPE, n. 25, v. 12, 2007, p. 245-272.

[9] Cf. HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro (estudos de teoria política)**. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 229 e ss.

[10] *Idem*, p. 229.





No entanto, como ressalta o prof. MENELICK DE CARVALHO NETTO[11], a legitimidade da Constituição de 1988 não fixa sua base na forma de sua convocação ou no processo eleitoral para os membros da Assembléia Constituinte, mas sim numa "via inesperada" que consistiu na profunda mobilização das forças populares em torno da campanha das *Diretas-já*. Dessa forma, o processo constituinte, programado para ser desenvolvido em moldes conservadores[12], sofreu decisiva influência da pressão popular e, principalmente, teve de modificar seu modo de trabalho, para instituir uma "metodologia participativa", colhendo as sugestões populares nas atividades constituintes.

É de se destacar o testemunho de LUÍS ROBERTO BARROSO[13], para quem "os anseios de participação, represados à força nas duas décadas anteriores, fizeram da constituinte uma apoteose cívica, marcada, todavia, por interesses e paixões". Na descrição sucinta do prof. CRISTIANO PAIXÃO[14], podem-se observar as mesmas conclusões sobre a Constituinte de 87-88, do que resultou a legitimidade da Constituição de 1988:

> Ao invés de partir de um anteprojeto previamente redigido – como o documento preparado pela Comissão Afonso Arinos, a Constituinte optou pela distribuição dos

[11] Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. As lições da revisão. In: **Observatório da Constituição e da Democracia**. Brasília: n.1, janeiro, 2006, p. 6.

[12] A propósito, testemunha GISELE CITTADINO (**Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 43): "a intensa participação dos mais diversos setores organizados da sociedade civil no processo constituinte foi certamente a razão primordial e prioritária da incorporação, no texto constitucional, do amplo sistema de direitos nela assegurada". E esse fator, dentre outros considerados pela autora, teria sido responsável por uma vitória "progressista" no processo constituinte.

[13] BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 42.

> seus integrantes em oito grandes comissões temáticas, que se dividiam em três subcomissões. Após o trabalho de elaboração de cada capitulo do projeto de Constituição pelas comissões – permeado por discussões públicas, audiências com a sociedade, ampla cobertura da imprensa e forte participação de grupos organizados –, passou-se à fase dos debates na Comissão de Sistematização. Posteriormente, o texto ali preparado foi remetido ao Plenário (o que permitiu, inclusive, uma reação a alguns avanços obtidos nas fases anteriores), para posterior aprovação e redação final.
>
> (...)
>
> A partir de um processo desorganizado, descentralizado e em alguns momentos efetivamente caótico, aquele Congresso investido em Assembléia Constituinte acabou por produzir um texto consistente, moderno e – principalmente – aberto ao futuro.

Retomando as considerações finais do Item anterior, temos que a Constituição de 1988, apesar de algumas falhas e incorreções, foi fruto de um processo crítico e reflexivo em que a sociedade, em determinado momento da vida histórico-constitucional do País, se deu uma Lei Maior legitimamente. A Constituição de 1988, de fato, decorreu de um processo que veio *de baixo*, isto é, do povo, da sociedade, que vivenciou um verdadeiro "momento constitucional" (*constitutional moment*)[15]. A aparente desorganização e descontrole da

[14] PAIXÃO, A constituição subtraida. In: **Observatório da Constituição e da Democracia**. Brasília: n.1, janeiro, 2006, p. 5.

[15] Cf. ACKERMAN, Bruce. **We The People (Foundations)**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 3-33. Para BRUCE ACKERMAN, ocorre o momento constitucional sob certas condições especiais, em que o povo decide, diretamente, participar da vida politica (politica constitucional), não se satisfazendo com a atuação politica de seus representantes (politica ordinária).





Constituição – que para muitos políticos, em especial os que defendem a PEC n.º 157, foram fonte de um Texto Constitucional contraditório e prolixo que teria inviabilizado a "governabilidade" do País[16] –, na verdade, são a fonte maior da legitimidade constitucional. Assim, é preciso que se diga: nenhuma legalidade da legitimidade pode advir senão pela participação do povo na formação da vontade política possibilitadora do consenso[17].

[16] No parecer apresentado por seu Relator, o Deputado Roberto Magalhães (PFL-PE), está afirmado: "Na Justificação, os Autores argumentam que o caráter excessivamente analitico da Carta Política de 1988 produziu o inconveniente de exacerbar a imposição de limites aos poderes públicos, transformando-se, assim, em poderoso instrumento de ingovernabilidade, bem como de instabilidade jurídica, devido as suas freqüentes emendas. (...) Lembra que a significativa mudança dos rumos políticos do País, simbolizada pela Constituição de 1988, contrasta com as dificuldades técnicas e políticas que o seu texto introduziu, chegando a afirmar que a nossa Constituição exacerba a tarefa de impor limites aos poderes públicos, constituindo-se em poderoso instrumento de ingovernabilidade. (...) Mas há um argumento de grande valia em favor da Revisão Constitucional, que é a urgente necessidade de eliminar a insegurança jurídica que se instalou neste País após a Carta de 1988. Ela foi emendada mais de cinqüenta vezes, além das Emendas Revisionais de 1993. Atualmente, mais de mil Propostas de Emendas à Constituição tramitam na Câmara e no Senado. Essa situação contrasta com a de países desenvolvidos ou em desenvolvimento. Certamente, muitos não percebem que este ciclo interminável de emendas constitucionais leva o Estado a se omitir naquilo que foi uma das principais razões de sua existência: o monopólio da autoridade e da força para manter a segurança do cidadão e assegurar a estabilidade da ordem social. Não pode haver estabilidade e paz social sem segurança jurídica. A Revisão Constitucional poderá estancar a enxurrada de mudanças pontuais da Carta, buscando introduzir alterações importantes de forma sistêmica e racional."

[17] De um ponto de vista democrático, a legitimidade das normas jurídicas está ligada à idéia de co-autoria, isto é, os cidadãos, destinatários das leis, são ao mesmo tempo seus verdadeiros autores, reconhecendo-se, assim, um ao outro como membros livres e iguais de uma associação política (HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático derecho en términos de teoría del discurso**. 3. ed. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Trotta, 2001, p. 175).

Ora, se a legitimidade da Constituição de 1988 se evidencia como um pressuposto aceitável, como é que agora se poderia pretender instituir uma "mini-Constituinte" exclusiva com a atribuição de proceder a uma "revisão geral da Constituição" (seja lá o que isso venha a significar) a fim de assegurar-lhe uma pretensa, futura e incerta efetividade, mediante um procedimento simplificado para modificação do Texto Constitucional? Pior do que isso, como levar adiante tamanha modificação a partir de um processo que não vem *de baixo*, mas *de cima* e logo no momento em que as instituições políticas brasileiras atravessam sua maior crise de credibilidade e legitimidade?

## 3 NECESSIDADE DE RUPTURA COM A ORDEM ANTERIOR E FORMAÇÃO DE UMA NOVA IDENTIDADE

O poder constituinte só tem seu funcionamento justificado, do ponto de vista de uma *legitimidade democrática*, num ambiente político fortemente caracterizado por uma identidade que venha a representar forte ruptura com a ordem anterior[18]. Numa sociedade temporalmente marcada, as razões e os fundamentos que justificam as instituições chegam a tamanho grau de insuportabilidade e incredibilidade que não resta outra alternativa senão a de ruptura com a ordem anterior[19].

Sim, as atuais práticas institucionais, leis e instituições não mais se amoldam aos pressupostos estruturantes tal qual

[18] Cf. ROSENFELD, Michel. Modern constitutionalism... p. 15.

[19] Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à constituição da república federativa de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão**. São Luís: n. 9, jan/dez, 2002, p. 39 e ss.





concebidos pela sociedade para uma ordem legítima. Daí a solução que parece se afigurar é a instauração de uma nova ordem com a tentativa de resgatar a legitimidade perdida.

Porém, se do ponto de vista formal pode fazer alguma diferença distinguir entre criar uma nova Constituição, reformá-la ou revisá-la, inequivocamente, do ponto de vista material, tal distinção tem pouco a oferecer. O que efetivamente é relevante na reforma da Constituição é que o processo de modificação constitucional advenha de profunda evolução social, que demonstre a impropriedade da ordem precedente em seu cerne, através de um processo de acréscimo ou suprassunção (*process of accretion*)[20].

A mudança da Constituição exige a formação de uma consciência solidamente enraizada na sociedade que torne claro o total descompasso entre a atual ordem constitucional e as identidades parciais da sociedade. Logo, não se pode extrair de um mero "achismo" de alguns poucos representantes políticos, que não percebem a elementar diferença entre "*texto x norma*", que a solução para se transformar a realidade e as práticas sociais[21] depende de uma simples modificação dos textos, ainda que seja o da Constituição. Um verdadeiro clamor ou mobilização social deve existir, decorrente de um processo de reflexão crítica e discussão pública, através do qual se possa concluir pela ilegitimidade da ordem vigente e pela necessidade da ruptura institucional. A tal nível de

[20] Cf. ROSENFELD, Michael. The problem of "identity"... p. 21-23.

[21] Como lembra DAVID STRAUSS (Constitutions, written and otherwise. In: **Law and Philosophy**: Vol. 19, n. 4, july, 2000, p., p. 451-464), não podemos esquecer que a Constituição é apenas uma proeminente parte de toda a cultura de um povo, uma árvore que integra uma imensa floresta integrada por práticas, tradições, precedentes e instituições governadas por entendimentos e compreensões que nem sempre podem ser reduzidos a algum texto de lei.

exaustão institucional seguramente não chegamos, até porque o momento atual denuncia com muito maior propriedade a urgência de cumprir a Constituição, do que uma lacônica tentativa de modificá-la estruturalmente, sob o pretexto de tornar o projeto constitucional viável.

Para além de tudo isso, não se poderia deixar de concordar com MENELICK DE CARVALHO NETTO[22] para afirmar que os condutores dessa descabida Proposta de Emenda desconhecem as mais elementares e comenzinhas noções sobre a teoria do poder constituinte. É dizer: como se pode conceber a instituição de uma Assembléia Constituinte (poder constituinte derivado ou reformador, que, por natureza, deve atuar nos estritos limites fixados pelo poder constituinte originário, afirmados na Constituição) cujo objetivo é dispor sobre determinadas matérias da Constituição (vale ressaltar que boa parte delas é contemplada pelo manto protetor das "cláusulas pétreas"[23]), por meio de um procedimento não autorizado pela própria Constituição? É a mais completa manipulação dos conceitos basilares do direito constitucional sobre o poder constituinte e o poder constituído. Quer-se, por essa forma, descumprir a Constituição ao argumento de dar-lhe cumprimento, o que para qualquer cidadão, minimamente racional, é um completo contrasenso, *non-sense*: para deixar a Constituição aplicável, efetiva e menos suscetível à modificação, altera-se a própria Constituição.

[22] Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. A revisão constitucional... p. 52.

[23] O art. 3º da PEC n.º 157, de 2003, em sua última redação, prevê: "Art. 3º A Revisão Constitucional terá por objeto as seguintes matérias: I – a organização dos Poderes; II – o sistema eleitoral e partidário; III – o sistema tributário nacional e as finanças públicas: IV – a organização e as competências das unidades da federação; e V – o sistema financeiro nacional".





Então, nesse ponto, a decisão é bem simples e sem alternativas: ou nós temos uma Constituição que, como norma superior e vinculante, estabelece o processo de criação das leis e de sua própria modificação sob pena de inconstitucionalidade, ou qualquer lei ou emenda poderá alterar a Constituição a qual não passará de uma simples norma modificável por qualquer instrumento normativo ao sabor de quaisquer circunstâncias e condições e, portanto, não temos uma Constituição. A decisão pela primeira opção, ao menos nos Estados Unidos, país de onde tiramos as primeiras lições do moderno constitucionalismo, já foi dada desde 1803, pelo *Chief Justice* JOHN MARSHALL[24].

## 4 OBSERVAÇÕES FINAIS

Muito embora o Iraque e o Brasil guardem entre si realidades tão distantes, o Brasil poderia tirar preciosas lições da incipiente Democracia que se pretende(u) institucionalizar naquele País. E a lição preciosa que deveria por nós ser assimilada é a de que a Constituição não pode reger a gramática das práticas políticas e sociais se ela é imposta *de cima para baixo* sem a efetiva participação do povo, condição essencial à sua

[24] US Supreme Court, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). Em seu voto, o *Chief Justice* JOHN MARSHALL destacou de forma categórica a imprescindibilidade de submissão das leis à Constituição, sob pena da imprestabilidade da própria Constituição, que seria uma absurda tentativa de conter um poder em si ilimitável: "It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable".

legitimidade e, por conseguinte, à sua efetividade. Constituição quer significar autoconstituição, co-autoria; a Constituição constitui uma comunidade de cidadãos livres e iguais, que dizem sob quais normas querem ser regidos.

A PEC n.º 157, portanto, que – pretendendo alterar estruturalmente a Constituição – não terá outro destino senão o de fulminar o que ela supõe preservar, a Constituição. Mais do que isso, contribuirá para o agravamento do descrédito e da deslegitimação da Constituição e para a consolidação do sentimento do *fracasso constitucional*, além de resultar de uma leitura extremamente equivocada da atual crise institucional que atravessamos.

Para cumprir a Constituição não é preciso mudar a Constituição; é necessário, isso sim, mudar a postura perante a Constituição. Nossa Lei Fundamental nada tem a ver com a crise política que tomou conta do Congresso, nada tem a ver com a denominada ingovernabilidade do Brasil. Ou será, que seria possível remeter a alguma norma constitucional a permissibilidade de condutas tais como compra de votas, caixa dois nas eleições, mensalão, sanguessugas, dossiês etc.?

A Constituição de 1988, nem de longe, representa ou poderia representar a fonte de tais crises. Pelo contrário, lamentavelmente, é ela a grande vítima de tal realidade. E a forma de preservá-la e resgatá-la não é por sua eliminação, mas começa a partir de um "patriotrismo constitucional" em que o povo deve assumir a responsabilidade por sua concretização, a partir de um exercício fortemente guiado por uma cidadania ativa direcionada à aplicação das normas constitucionais.

Por fim, não seria demais lembrar que, ainda que a PEC n.º 157, de 2003, venha a ser promulgada, restará uma última





saída à Democracia. Conforme destacado por MARCELO CATTONI[25], em monografia sobre o poder constituinte, na qual examina a inconstitucionalidade e a ilegitimidade dessa Proposta, caberá à jurisdição constitucional declarar sua nulidade, evitando a *fraude* à Constituição da República de 1988. Esta é, precisamente, a forma como a jurisdição constitucional deve servir à Democracia e ao constitucionalismo.

## 5 REFERÊNCIAS

### 5.1. Livros e Artigos:

ACKERMAN, Bruce. **We The People (Foundations)**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BUSH, George W. **State of the union speech**. Disponível em: http://www.whitehouse.gov/stateoftheunion/2006/print/index.html. Acesso em: 13/03/2006.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à constituição da república federativa de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão**. São Luís: n. 9, jan/dez, 2002, p. 37-61.

[25] Cf. CATTONI, Marcelo. **Poder constituinte e patriotismo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 71.

_____. As lições da revisão. In: **Observatório da Constituição e da Democracia**. Brasília: n.1, janeiro, 2006, p. 6-7.

CATTONI, Marcelo. **Poder constituinte e patriotismo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Legitimidade da Constituição de 1988: a questão do poder constituinte. In: **Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco**. Recife: ESMAPE, n. 25, v. 12, 2007, p. 245-272.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución (de la antigüedad a nuestros días)**. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático derecho en términos de teoría del discurso**. 3. ed. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Trotta, 2001.

_____. **A inclusão do outro (estudos de teoria política)**. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

MICHELMAN, Frank. **Brennan and democracy**. New Jersey: Princeton University, 1999.

PAIXÃO, Cristiano. A constituição subtraída. In: **Observatório da Constituição e da Democracia**. Brasília: n.1, janeiro, 2006, p. 4-5.





PRESBEY, Gail M. Challenges of Founding a New Government in Iraq. In: **Constellations**. Oxford: Vol. 12, n. 4, 2005, p. 521-541.

ROSENFELD, Michel. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity. In: **Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy - theoretical perspectives (Ed. Michel Rosenfeld)**. Durham and London: Duke University Press, 1994, p. 3-35.

_____. Can rights, democracy, and justice be reconciled through discourse theory? Reflections on Habermas's proceduralist paradigm of law. In: **Habermas on Law and Democracy: critical exchanges**. Cardozo Law Review: Vol. 17, n. 4-5, March, 1996, p. 791-824.

_____. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____. The problem of "identity" in constitution-making and constitutional reform. In: **Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies**. Working Paper n.º 143: p. 1-35. Disponível em: Social Science Research Network Paper Collection (http://ssrn.com/abstract=870437) [13/03/2006].

STRAUSS, David A. Constitutions, written and otherwise. In: **Law and Philosophy**: Vol. 19, n. 4, july, 2000, p. 451-464.

**5.2. Internet:**

The White House. *Fact Sheet: Democracy in Iraq*. Disponível em: http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/12/20051212-1.html [13/03/2006].

BBC Brasil. *'Iraque vive guerra civil', afirma vice-ministro*. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/story/2006/04/060408_iraqueguerracivilebc.shtml [08/04/2006].

MAGALHÃES, Roberto. *Parecer à proposta de emenda à Constituição n.º 157, de 2003, do Senhor Luiz Carlos Santos, "que convoca assembléia de revisão constitucional e dá outras providências". (revisão constitucional), de 20 de fevereiro de 2006*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/integras/376740.htm [30/09/2006].

SANTOS, Luís Carlos. *Proposta de emenda à Constituição n.º 157, de 2003, do Senhor Luiz Carlos Santos, "que convoca assembléia de revisão constitucional e dá outras providências"(revisão constitucional)*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/integras/160966.htm [30/09/2006].

U.S. Supreme Court. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). Disponível em:http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=5&page=137 [30/09/2006].



# A TUTELA AMBIENTAL EXTRAJUDICIAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: O Termo de Ajustamento de Conduta

***Maria Beatriz Ribeiro Gonçalves***
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife - Universidade Federal de Pernambuco, Oficiala de Justiça do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

**SUMÁRIO**

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 2 A DEGRADAÇÃO AMBIENTAL E O ESTADO. 2.1 Meio ambiente. 2.2 A questão do Ministério Público como responsável pela defesa ambiental. 3 TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. 3.1 O Conceito. 3.2 Finalidades. 3.3 Natureza Jurídica. 3.4 Partes. 3.5 Objeto. 3.6 Requisitos. 3.7 Controle. 3.8 Fiscalização. 4. CONCLUSÃO.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Podemos definir o meio ambiente, de forma muito abrangente, como sendo tudo aquilo que nos cerca, advindo da natureza ou produto da criação do homem. A vida do ser humano está intimamente ligada à natureza, posto que dela retiramos o essencial para nossas vidas: o ar, a água, os alimentos, e as matérias-primas de que necessitamos para construir o mundo em que vivemos. Não por acaso, então, que os países

desenvolvidos vêm regulamentando cada vez mais o uso do meio ambiente, de modo a protegê-lo do uso indiscriminado e dos maus-tratos tão freqüentes.

Por ser um bem comum, o meio ambiente não é tão exaustivamente tutelado quanto os bens privados que cada sujeito de direito tem em sua esfera individual. Quando um bem privado é ameaçado - por exemplo, se nossa casa é destruída, nosso dinheiro é furtado ou nossa honra sofre um abalo – as atitudes para preservá-lo e repará-lo, bem como para punir o referente agressor, são imediatas. Mas quando uma floresta é desmatada, uma espécie animal é ameaçada de extinção, uma mata é incendiada ou um rio é poluído ninguém se dispõe a defendê-lo *de per si*, individualmente. Precisamos do meio ambiente ecologicamente equilibrado, porém, tanto quanto (ou até mais) do que o dinheiro a salvo em nossas carteiras.

Levando em conta a suma importância do meio ambiente equilibrado e preservado para as presentes e futuras gerações, a Constituição Federal de 1988 impôs tal equilíbrio e preservação como um dever do poder público e da coletividade. Para concretizar essa tutela, escolheu o Ministério Público, órgão essencial à justiça, como guardião precípuo do meio ambiente – natural, artificial, cultural e do trabalho. Com o fito de exercer essa nobre função, o ordenamento jurídico deu ao cidadão a possibilidade de propor individualmente a ação popular para defesa do meio ambiente, e ao Ministério Público a possibilidade de promover a ação civil pública e o inquérito civil para proteção dos interesses difusos e coletivos, entre eles o meio ambiente.

A tutela do meio ambiente, entretanto, deve ser diferenciada. A especialidade do dano à natureza deve ser levada em conta. O meio ambiente requer uma proteção rápida e eficaz para que resulte eficiente. Na maioria das vezes, acontecido o dano ao meio ambiente, é impossível o retorno ao





*status quo ante*. Então, o ideal é prevenir o dano, haja vista que a recomposição da agressão à natureza é extremamente difícil e depende de vários fatores que estão além da vontade humana. Alguns tipos de violação simplesmente não têm reparação; é o caso de uma espécie que se extinguiu, de um rio que secou por causa de manejo inadequado, de uma floresta que foi inteiramente dizimada juntamente com o imenso ecossistema que nela havia, incluindo espécies da fauna e flora nem mesmo conhecidas pelo ser humano.

Destarte, o meio ambiente pede uma tutela a mais rápida possível. O Código do Consumidor, de 1990, trouxe uma importante inovação para a Lei da Ação Civil Pública, de 1985, ao prever o termo de ajustamento de conduta (TAC), ou compromisso de ajustamento de conduta, para ampliar o sistema de garantias ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O ajustamento de conduta possibilita ao Ministério Público (entre outros legitimados) a solução extrajudicial de conflitos ambientais, que será, assim, sobremaneira mais rápida, já que evita o ingresso em juízo, repelindo os reveses que isso pode significar ao direito material, e, principalmente, ao direito ambiental.

## 2 A DEGRADAÇÃO AMBIENTAL E O ESTADO

Cada vez mais, nos dias de hoje, se ouve falar na degradação do meio ambiente, genericamente definido como interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida humana, sendo o ambiente cultural integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico, que embora artificial em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial (SILVA, 1997, p.19).

O mundo moderno se desenvolve, novas tecnologias são criadas, a ciência faz novas descobertas; tudo isso, porém,

às custas da natureza. O desenvolvimento econômico em todo o mundo sempre se fez de forma degradadora e poluidora, e essa situação é ainda agravada no caso brasileiro, pois a evolução da economia nacional foi calcada na exportação de produtos primários, extraídos sem qualquer preocupação com a sustentabilidade de recursos.

Mesmo após o início da industrialização, não se teve aqui qualquer cuidado com a preservação dos recursos ambientais (ANTUNES, 2002, p. 15)[1]. Atualmente, na chamada era dos direitos, na qual as reivindicações sociais se ampliam e buscam referenciais estáveis (BOBBIO, 1992, p. 50), devido à conscientização da população como um todo[2] sobre a imensa importância de preservar o meio ambiente para viabilizar uma vida de qualidade, e também com a experiência de vários desastres ambientais[3], percebe-se em todo o planeta a existência de vínculos bastante concretos entre a preservação ambiental e a atividade industrial.

Esta mudança de concepção, contudo, não é linear, e, apesar da mobilização de grande parte da sociedade, raramente é voluntária[4]. Podemos encontrar diversas contradições e dificuldades na implementação de políticas industriais que levem em conta o fator ambiental (ANTUNES, 2002, p. 16) e se preocupem em assegurar a sustentabilidade da utilização dos recursos naturais.

[1] Neste aspecto, após o início da industrialização, o que houve aqui no Brasil não foi muito diferente do desenvolvimento econômico verificado na imensa maioria dos países.

[2] Quero dizer: governantes e governados.

[3] Só para exemplificar é possível citar alguns dos desastres mais recentes: "O vazamento de produtos químicos gasosos letais em Bhopal, na Índia; a explosão de uma instalação de armazenamento de petróleo na Cidade do México; e o incêndio de um gasoduto de gás natural em Cubatão, Brasil.

[4] Na grande maioria das vezes o agente degradador só muda de comportamento sob coação do poder estatal, seja por ação administrativa ou judicial.





A questão que se coloca, contudo, é a de saber em que medida é possível a conciliação entre a tecnologia crescente e o meio ambiente saudável, e até onde prevalecerá o interesse da proteção ambiental ou o econômico. O ponto de equilíbrio está no princípio do desenvolvimento sustentável, delimitado como o desenvolvimento que atenda às necessidades do presente sem comprometer as futuras gerações (FIORILLO, 2000, p. 25). Outro ponto relevante é investigar quem será responsável pela defesa da causa ambiental e de que forma, visto que os motivos, agentes e maneiras de degradação são inúmeras e muitas vezes de difícil definição.

Aqui é que se faz necessária a intervenção do Estado com vistas a tutelar esse bem precioso e pertencente a todos nós que é o meio ambiente sadio - direito difuso assegurado constitucionalmente - cuja defesa foi incumbida ao Ministério Público, vez que é, segundo a Carta Magna do país[5], o principal encarregado constitucional dessa proteção estatal ao meio ambiente, devendo exercê-la, sobremaneira, através da promoção do inquérito civil e da ação civil pública (MEIRELLES, 1993, p. 10), já que não lhe é dada a possibilidade de não litigar em prol do meio ambiente[6].

A atuação do Ministério Público na seara do meio ambiente, através do instituto do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), ou "compromisso de conduta", introduzido no ordenamento jurídico pelo Código do Consumidor (Lei nº. 8.078 de 1990), é uma forma prática de solução pacífica de conflitos, com natureza jurídica de negócio jurídico bilateral, que, segundo Fernando Vidal Akaoui

[5] Constituição Federal de 1988: artigos 127 e 129, inciso III, e também legislação infraconstitucional: Lei Complementar nº 75, de 1993, artigo 6º, alíneas a, b, c e d; Lei nº 7.347, de 1985: Lei da Ação Civil Pública em seu artigo 1º, entre outras.

[6] Como interesse indisponível que é.

> imprime celeridade na busca ou na reconstituição dos interesses difusos lesados, ou no afastamento das condutas que causem risco de lesão, principalmente diante da morosidade da tramitação dos feitos judiciais e pelo fato de constituir título executivo extrajudicial. (AKAOUI, 2003, p. 25).

## 2.1 Meio ambiente

Qualquer que seja o conceito adotado, o meio ambiente engloba, sem dúvida, o homem e a natureza, com todos os seus elementos. Desta forma, ocorrendo danosidade ao meio ambiente, esta se estende à coletividade humana, considerando tratar-se de um bem difuso interdependente.

De acordo com o art. 3º, inciso I, da lei nº. 6.938/81 que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, temos que o meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. O legislador brasileiro optou por uma conceituação que realça a interação e a interdependência entre o homem e a natureza, denotando a proteção jurídica do meio ambiente como um bem unitário.

Da leitura dos diversos preceitos constitucionais relacionados à proteção ambiental, chega-se à conclusão de que o direito ambiental é um dos diversos direitos humanos fundamentais. Seja porque é considerado um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, seja porque ficaram constitucionalmente impostas as incumbências do Estado e da coletividade de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (CF/1988, artigo 225, caput).





## 2.2 A questão do Ministério Público como responsável pela defesa ambiental.

A Constituição Federal de 1988 foi extremamente inovadora ao tratar de maneira muito completa a questão do meio ambiente. De fato, pela primeira vez uma Constituição brasileira tratou tão maciçamente do tema ambiental. Em relação a essa matéria, a atual Carta é uma das mais avançadas de todo o mundo. Em muitos aspectos, o nosso arcabouço legislativo em matéria de meio ambiente é mais bem estruturado do que o de muitos países do chamado "primeiro mundo".

A Carta de 1988 também erigiu o Ministério Público como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; entre eles, o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Encontra-se na Constituição a disposição que enumera as funções institucionais do Ministério Público (Constituição Federal, art. 129), estando entre elas o exercício da ação civil pública e a promoção do inquérito civil, para a proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Atualmente o *Parquet* tem sido o principal agente impulsionador da atividade do poder judiciário em matéria de defesa do meio ambiente. Apesar de a Constituição impor ao Poder Público e também à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, na prática os cidadãos não vão ao judiciário litigar, em nome próprio, para a defesa do meio que os cerca. A ação popular, característica dos regimes democráticos e meio também eficaz para a defesa dos direitos metaindividuais, tampouco é utilizada na prática pelos cidadãos brasileiros para resguardar seus interesses. Tais hipóteses só acontecem quando o dano ou ameaça ao bem ambiental também está a afetar algum bem jurídico privativo do sujeito.

Tanto a Constituição quanto a Lei da Ação Civil Pública, assim como diversos outros diplomas legais, têm



BIBLIOTECA DA ESMAPE

> imprime celeridade na busca ou na reconstituição dos interesses difusos lesados, ou no afastamento das condutas que causem risco de lesão, principalmente diante da morosidade da tramitação dos feitos judiciais e pelo fato de constituir título executivo extrajudicial. (AKAOUI, 2003, p. 25).

## 2.1 Meio ambiente

Qualquer que seja o conceito adotado, o meio ambiente engloba, sem dúvida, o homem e a natureza, com todos os seus elementos. Desta forma, ocorrendo danosidade ao meio ambiente, esta se estende à coletividade humana, considerando tratar-se de um bem difuso interdependente.

De acordo com o art. 3º, inciso I, da lei nº. 6.938/81 que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, temos que o meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. O legislador brasileiro optou por uma conceituação que realça a interação e a interdependência entre o homem e a natureza, denotando a proteção jurídica do meio ambiente como um bem unitário.

Da leitura dos diversos preceitos constitucionais relacionados à proteção ambiental, chega-se à conclusão de que o direito ambiental é um dos diversos direitos humanos fundamentais. Seja porque é considerado um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, seja porque ficaram constitucionalmente impostas as incumbências do Estado e da coletividade de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (CF/1988, artigo 225, caput).





## 2.2 A questão do Ministério Público como responsável pela defesa ambiental.

A Constituição Federal de 1988 foi extremamente inovadora ao tratar de maneira muito completa a questão do meio ambiente. De fato, pela primeira vez uma Constituição brasileira tratou tão maciçamente do tema ambiental. Em relação a essa matéria, a atual Carta é uma das mais avançadas de todo o mundo. Em muitos aspectos, o nosso arcabouço legislativo em matéria de meio ambiente é mais bem estruturado do que o de muitos países do chamado "primeiro mundo".

A Carta de 1988 também erigiu o Ministério Público como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; entre eles, o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Encontra-se na Constituição a disposição que enumera as funções institucionais do Ministério Público (Constituição Federal, art. 129), estando entre elas o exercício da ação civil pública e a promoção do inquérito civil, para a proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Atualmente o *Parquet* tem sido o principal agente impulsionador da atividade do poder judiciário em matéria de defesa do meio ambiente. Apesar de a Constituição impor ao Poder Público e também à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, na prática os cidadãos não vão ao judiciário litigar, em nome próprio, para a defesa do meio que os cerca. A ação popular, característica dos regimes democráticos e meio também eficaz para a defesa dos direitos metaindividuais, tampouco é utilizada na prática pelos cidadãos brasileiros para resguardar seus interesses. Tais hipóteses só acontecem quando o dano ou ameaça ao bem ambiental também está a afetar algum bem jurídico privativo do sujeito.

Tanto a Constituição quanto a Lei da Ação Civil Pública, assim como diversos outros diplomas legais, têm

atribuído ao Ministério Público a proteção do meio ambiente, em funções judiciais e extrajudiciais. Tais funções extrajudiciais implicam ser o *Parquet* dotado de legitimidade para celebrar transações e termos de compromisso e ajustamento de conduta com agentes degradadores do meio ambiente, de modo a que os mesmo se enquadrem em condutas ambientalmente sadias. Estas novas possibilidades abertas pela Lei, *ipso iure*, atribuem ao Ministério Público um importante papel formulador de políticas ambientais (ANTUNES, 2002, p. 74).

## 3 TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

No tocante à proteção ao meio ambiente, esta pode ser efetivada através de vários instrumentos colocados à disposição dos cidadãos e dos outros legitimados, como, por exemplo, o mandado de segurança coletivo, a ação popular constitucional, o mandado de injunção e a ação civil pública (ACP).

Desses meios supracitados, o principal instrumento através do qual o Ministério Público exerce sua função precípua de defesa dos interesses difusos e coletivos é a ação civil pública. Este meio processual, inserido no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 7.347 de 1985, presta-se à defesa de interesses coletivos *latu sensu*, à proteção do patrimônio público, do meio ambiente, dos consumidores e da ordem econômica, tendo por fim a condenação dos responsáveis à reparação do interesse lesado, preferencialmente com o cumprimento específico da pena (FIORILLO, 2002, p. 254).

De fato, a ação civil pública serve para responsabilizar danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Entre os seus legitimados estão o Ministério Público, a União, Estados e Municípios. Também são legitimados para a proposição dessa ação autarquias, empresas públicas, fundações,





sociedades de economia mista ou associações, desde que estejam constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Referida lei também trouxe em seu bojo (art. 8º) a previsão da existência do inquérito civil. Trata-se de atribuição *exclusiva* do Ministério Público, consistente na investigação e juntada de informações relevantes sobre o tema investigado, podendo ser uma medida preparatória para eventual ação civil pública. Previsto primeiramente na Lei nº 7.347/85, posteriormente foi o inquérito civil elevado a nível constitucional como função institucional do *Parquet* (CF, art. 129, III).

Tem como escopo a colheita de material de suporte para o ajuizamento da ação civil pública, averiguando-se a existência de circunstância que concretize a necessidade da propositura da ação. Assim como o inquérito policial, o inquérito civil é dispensável, de forma que não é necessária a sua presença para que o órgão ministerial ajuíze a ação competente. Também é regido pelo princípio inquisitório, pois não é processo administrativo[7], vez que não se destina à aplicação de sanção, apenas à reunião de provas.

Muitas vezes, a mera instauração do inquérito civil público resulta na solução do conflito, ou porque a conduta lesiva ao direito transindividual sequer se inicia, ou porque seus efeitos maléficos são plenamente reparados, tornando-se ausente o interesse jurídico na propositura judicial. Assim, o exercício do inquérito civil público contribuiu para a

[7] O inquérito civil às vezes é chamado de "dossiê", "peças de informação", "representação" ou "procedimento administrativo – PA"; porém não é processo administrativo no qual deve haver, obrigatoriamente, a garantia do devido processo legal: contraditório e ampla defesa.

conformação normativa do instituto ao demonstrar a potencialidade da solução extrajudicial para a composição desses conflitos (RODRIGUES, 2006, p. 58).

A lei da ação civil pública (LACP) de 1985, contudo, teve o seu alcance de aplicação alterado com a entrada em vigor da Lei nº 8.078 de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. A partir de então, o campo de incidência da lei da ação civil pública foi profundamente aumentado, através de dispositivos que possibilitaram a defesa de outros interesses difusos, bem como dos interesses individuais homogêneos. A lei de defesa ao consumidor esclareceu, no seu artigo 6º, a possibilidade de cumulação da indenização por danos morais e patrimoniais aos bens por essa lei atingidos.

Além disso, renovou a lei da ação civil pública ao prever o compromisso de ajustamento de conduta, em seu artigo 113, transformado no parágrafo 6º da Lei nº. 7.347/85, ampliando o sistema de garantia dos direitos ambientais. Este instituto do termo de ajustamento de conduta, solução extrajudicial de conflitos de direitos transindividuais realizado, neste viés, pelo Ministério Público com vistas à defesa do meio ambiente, é o objeto central de estudo neste trabalho.

### 3.1 O Conceito

Por ocasião do inquérito civil (que é atribuição exclusiva do Ministério Público e, como já visto, tem função de reunir provas, aparelhando o Ministério Público para a propositura de eventual ação civil pública), poderá ser firmado compromisso de ajustamento de conduta, visto que, conforme preleciona o §6º do art. 5º da Lei n.º 7.347/85, os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de titulo executivo extrajudicial.





O ajustamento de conduta se constitui em solução extrajudicial de conflito de direitos transindividuais realizada pelo próprio Ministério Público e por outros órgãos públicos para compor conflitos relativos a direitos indisponíveis. (RODRIGUES, 2006, p. 103). De fato, trata-se de meio de efetivação do pleno acesso à justiça, porquanto se mostra como instrumento de satisfação da tutela dos direitos coletivos, à medida que evita o ingresso em juízo, repelindo os reveses que isso pode significar (e na maioria das vezes realmente significa) à efetivação do direito material (FIORILLO, 2001, p. 258).

Neste cenário, o ajustamento de conduta pode ser entendido como uma ação facilitadora, na medida em que possibilita estabelecer a obrigação de fazer (ou de não fazer), para sanar o problema que deu origem ao inquérito civil ou à própria ação civil, sem a demora do processo normal e com o resguardo de sanções para o caso de não cumprimento das cláusulas estabelecidas (HAHN, 2003, p. 105).

Ao que tudo indica, o inquérito civil público a cargo do Ministério Público e o termo de ajustamento de conduta são criações nacionais no campo da defesa dos interesses transindividuais. Embora existam institutos similares em outros ordenamentos, não vislumbramos em nossa pesquisa nenhum preceito normativo que se identifique plenamente com o "ajustamento de conduta" brasileiro, especialmente quanto à sua extensão e eficácia (RODRIGUES, 2006, p. 111).

### 3.2 Finalidades

O TAC tem como fim mais importante favorecer a proteção dos interesses transindividuais, buscando a prevenção da lesão ao meio ambiente ou, quando isso não mais se afigurar possível, ensejando a reparação adequada desses danos. Seu

grande mérito é antecipar-se à sentença de cognição (MIRANDA, 1974-1977, vol. 9, p. 219), dando azo a uma tutela mais rápida desse tipo de direito, uma vez que as decorrências da morosidade dos mecanismos formais da justiça se tornam dramáticas para a proteção do direito ambiental.

Desde já podemos anotar que muitas vezes só a tutela preventiva protege adequadamente esses direitos (RODRIGUES, 2006, p.118).

Realmente, na maioria das vezes, a reparação de danos de nítido viés repressivo, ou é totalmente inviável ou não se presta a refazer o *status quo ante*. Em termos ambientais, mais do que em qualquer seara do ordenamento jurídico, se faz muito adequado o ditado popular: "mais vale prevenir do que remediar". A prevenção é, inclusive, princípio próprio do direito ambiental, concernente à prioridade que deve ser dada às medidas que evitem o acontecimento de atentados ambientais de modo a reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis a alterar a sua qualidade (MILARÉ, 1993, p.102).

De fato,

> ....não podem a humanidade e o próprio direito contentar-se em reparar e reprimir o dano ambiental. A degradação ambiental, como regra, é irreparável. Como reparar o desaparecimento de uma espécie? Como trazer de volta uma floresta de séculos que sucumbiu sob violência do corte raso? Como purificar um lençol freático contaminado por agrotóxicos? (FELDMAN in MILARÉ, 1993, p. 5)

Por isso se revela de grande importância e utilidade a celebração de termo de ajustamento de conduta na esfera de proteção ambiental.





Também está entre os objetivos do TAC a menor onerosidade aos cofres públicos, se comparado à propositura dos meios judiciais eficazes para tutelar os direitos transindividuais. Conquanto as atividades ínsitas ao processo de celebração do ajustamento de conduta sejam patrocinadas por recursos públicos, podemos considerá-las menos onerosas que a movimentação da máquina jurisdicional (RODRIGUES, 2006, p. 119).

A economia dos recursos públicos deve ser privilegiada sempre que possível, haja vista vivermos num país de sempre escassos recursos para finalidades públicas. Na perspectiva do particular, o ajuste também é menos dispendioso porque a provocação dos órgãos públicos para a tutela desse tipo de direito, através de representação ao Ministério Público, não necessita de representação advocatícia ou pagamento de custas.

O TAC existe para dar efetividade à tutela específica das obrigações. A única tutela plenamente adequada para a satisfação dos deveres jurídicos para com a comunidade é a tutela específica, ou seja, aquela que proporciona àquele que será beneficiado com o cumprimento da prestação o preciso resultado prático atingido por meio do adimplemento da obrigação original. Ela existe principalmente para as obrigações da fazer e de não fazer. E é, quase sempre, objeto dos compromissos de conduta em matéria ambiental, pois nesta seara o ressarcimento pecuniário não fornece reparação satisfatória.

### 3.3 Natureza Jurídica

O ajustamento de conduta tem essência de negócio jurídico. Há fundamental manifestação de vontade para a sua celebração, tanto por parte do obrigado quanto por parte do órgão público. É tal manifestação que faz com que incida a norma no caso concreto, vinculando os pactuantes aos efeitos expressos no ajuste. Deve haver a vontade de ambas as partes

para o ajustamento. O obrigado deve expressar a intenção de celebrar o termo.

O órgão público também deve expressar vontades: há um certo espaço para o exercício do juízo de conveniência e oportunidade quanto à celebração do ajuste. De fato, o Ministério Público pode desde logo propor a ação civil pública ou tomar o ajustamento de conduta. A bilateralidade é imprescindível, já que devem existir pelo menos dois agentes na celebração do ajuste. O ajustamento de conduta é considerado um negócio jurídico da Administração, e não um negócio jurídico administrativo, em que a Administração tem uma posição superior ao administrado. Há, decerto, uma submissão do obrigado, mas porque ameaçava ou violava o direito transindividual ao cumprimento de uma conduta definida pelo órgão público (RODRIGUES, 2006, p. 159).

Concluindo, é um negócio jurídico bilateral, que tem o efeito de acertar a conduta do obrigado às exigências legais.

### 3.4 Partes

Quanto às partes do TAC, há legitimidade concorrente e disjuntiva (MOREIRA, 1984, p. 198) do Ministério Público, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, das autarquias e fundações públicas e das agências executivas e reguladoras. Alguns órgãos públicos, mesmo sem personalidade jurídica, podem celebrar o ajuste desde que detenham personalidade moral para isso, estando legitimados a agir em juízo, como por exemplo, os órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA.

Quanto à legitimidade das sociedades de economia mista e empresas públicas, há discussão doutrinária. Para efeito de celebração de TAC, vale a distinção entre sociedades de economia mista e as empresas públicas prestadoras de serviço público e as exploradoras de atividade econômica. As





prestadoras de serviço podem celebrar TAC, porém as exploradoras de domínio econômico não poderiam ter essa atribuição.

Vale ressaltar que a legitimidade material dos entes e órgãos públicos só existe se houver pertinência temática entre o conteúdo do ajuste e as atribuições do ente público. Até mesmo no Ministério Público, instituição vocacionada para a tutela de direitos, há exigências quanto a pertinência temática. O Ministério Público Militar e o Ministério Público que atua junto aos Tribunais de Contas não têm legitimidade para celebrar o TAC. A regra de competência para o Ministério Público é de que será legitimado para celebrar o TAC o órgão do *Parquet* que poderia propor a ação civil pública no caso de resistência do violador em adequar sua conduta. Importante lembrar que pode haver uma atuação conjunta de ramos diferentes do Ministério Público.

Todos têm legitimidade para figurar como obrigados no TAC. Incluem-se nesse rol as pessoas físicas, as pessoas jurídicas privadas, as pessoas jurídicas de direito público, e até mesmo os órgãos públicos sem personalidade jurídica e as pessoas morais. O obrigado será o responsável pela prevenção do ilícito ou pela reparação do dano.

### 3.5 Objeto

O TAC é apenas um meio através do qual se pretende alcançar os resultados que seriam possivelmente obtidos em sede de ação civil pública relacionada à conduta específica. Sua vantagem é que se apresenta menos burocrático e dispendioso, além de que, sendo negócio jurídico, há maior propensão para uma solução consensual.

O precípuo objeto do TAC é a conformação da conduta ilícita ou que ameaça o direito ambiental às exigências das leis vigentes.

O TAC não versa sobre responsabilidades penal ou administrativa, razão pela qual não tem como efeito a aplicação de sanções referentes a estes campos do direito. Não adentrando nesses aspectos, o TAC jamais pode limitar ou restringir as competências dos órgãos administrativos de fiscalização, nem impedir a persecução penal por crimes ambientais porventura cometidos pelo obrigado, pois a Constituição expressamente garante a aplicação independente de todas as sanções que a conduta lesiva ao meio ambiente ensejar[8].

A obrigação contida no TAC deve ensejar o enquadramento do obrigado à conduta legal. Essa obrigação que satisfaz o interesse ambiental geralmente é de fazer ou de não fazer, coincidente com o previsto na lei. Caso não seja possível a adoção da conduta legal o ajustamento pode fixar uma obrigação de fazer, ou de não fazer, diversa da estritamente prevista na norma, ou seja, uma medida sub-rogatória que atenda ao mesmo resultado prático. Somente se não for possível a medida sub-rogatória mencionada, podem-se adotar, em sede de ajustamento de conduta, medidas compensatórias para o dano.

Ainda podem ser estabelecidas medidas compensatórias além das medidas reparatórias integrais, sobretudo para compensar danos de difícil reparação. Em matéria ambiental, impossibilitada a restauração do dano, pode haver a compensação ambiental por equivalente ecológico.

A possibilidade de previsão da cláusula de indenizar é defendida pela maioria da doutrina pátria, assim também como o estabelecimento de medidas coercitivas para o cumprimento efetivo das obrigações constantes do termo. A multa, nessas hipóteses, deve ter um caráter essencialmente cominatório,

[8] Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, artigo 225, §3º: "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados."





pois neste caso mais interessa o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor do que o correspondente econômico.

### 3.6 Requisitos

O TAC tem alguns requisitos formais, entre eles: deve ser necessariamente escrito em vernáculo; deve conter o nome, a qualificação e o endereço das partes compromissadas e dos respectivos representantes legais; deve sempre conter as razões que levaram a sua celebração; deve restar clara sua natureza de termo de ajustamento de conduta; devem estar expressas as obrigações a serem cumpridas pelo compromissário bem como a sua responsabilidade por cumpri-la (deve haver certeza e liquidez).

Quanto à obrigatoriedade de cláusula que estabeleça prazo de vigência do TAC, ela só é necessária em caso de obrigação de não fazer, pois em caso de obrigação de fazer, deve haver um prazo para que as obrigações sejam adimplidas e este coincidirá com o prazo do termo.

Conquanto seja recomendável, a previsão de multa como medida coercitiva não integra a natureza do TAC, mormente após a nova redação dada ao art. 645 do Código de Processo Civil brasileiro, que confere ao juiz o poder de estabelecer a multa pecuniária no momento da execução do título. A eleição de foro, no ajustamento de conduta, é inadmissível. Vale ressaltar que é obrigatória a intervenção do Ministério Público quando o ajuste for celebrado por outro órgão público. O teor do ajuste deve ser sempre público, sujeito ao conhecimento de todos. A publicidade não deve ser feita apenas através do Diário Oficial, mas sempre que possível pelos meios de comunicação de massa.

Na eficácia de título executivo extrajudicial é onde está toda a força e a praticidade do compromisso de conduta. De fato, o TAC permite de logo, quando não devidamente

cumprido, a execução judicial dos seus termos, sem que seja necessária toda aquela fase demorada e burocrática do processo de conhecimento judicial. Portanto, é eficaz não só para combater a demora intrínseca da atividade jurisdicional, mas também para prestar uma tutela adequada através da ação de execução (RODRIGUES, 2006, p. 209). Para que seja merecedor de tal efeito, que, diga-se de passagem, é próprio da natureza do TAC, o ajustamento deve ter a definição de quem é o responsável pelo seu cumprimento; a delimitação do seu objeto, e, sendo cláusula de indenizar, o valor quantificado; sendo cláusula de entregar coisa, a identificação precisa desta; sendo obrigação de fazer ou não fazer, a definição mais precisa possível dessa obrigação, o modo de cumpri-la, onde cumpri-la, e que resultado prático se visa a obter.

## 3.7 Controle

Quando se trata de um órgão público diverso do Ministério Público, não há nenhuma norma legal que permita inferir a eventual ocorrência de um controle interno. Também não há nenhuma fiscalização realizada por Tribunal de Contas para analisar compromissos de conduta. Não há determinação de que as autarquias e fundações públicas com personalidade jurídica própria devam submeter os ajustes celebrados aos entes públicos que exercem supervisão ministerial.

Já quanto ao controle externo, os ajustamentos de conduta celebrados pelos órgãos públicos devem ser submetidos à apreciação do Ministério Público, precípuo guardião dos direitos difusos, ensejando o controle externo dessa atividade.

Quanto ao *Parquet*, principal sujeito deste presente trabalho, o TAC tem eficácia a partir do momento em que é celebrado, resultando na imediata suspensão do inquérito civil até que o mesmo seja devidamente cumprido. Após a certificação do cumprimento do ajuste, e não havendo outras medidas a serem tomadas, a investigação é arquivada, submetendo-se essa decisão ao controle do órgão superior encarregado de apreciar os arquivamentos. Dessa análise pelo órgão superior, pode resultar a revisão da atuação do órgão de primeiro grau, a fiscalização do cumprimento do ajustado, a adoção de outras medidas não previstas previamente no ajuste e até mesmo a designação para propositura de ação civil pública por outro membro da instituição.





A possibilidade de revisão judicial do TAC é extremamente ampla, de acordo com a previsão constitucional brasileira. Destarte, está sujeita ao controle judicial a celebração do ajustamento, e esse é o controle externo por excelência.

## 3.8 Fiscalização

Após a celebração do TAC, temos um prazo para que as condutas violadoras se adequem à previsão da norma ambiental. Terminado esse prazo, deve-se iniciar a fase de fiscalização, com a ajuda dos órgãos públicos de controle e fiscalização federais, estaduais e municipais, tais quais o IBAMA, a CPRH, a DIRCON, entre outros. Muitas vezes são os próprios funcionários do Ministério Público que procedem à verificação *in loco* do cumprimento dos termos do ajuste de conduta.

Quando não há a análise pelos agentes públicos, sejam da administração ou do Ministério Público, os próprios particulares interessados – geralmente aqueles prejudicados com a agressão – trazem retorno sobre as conseqüências do ajustamento. A constatação do cumprimento do acordo é essencial para a concretização da finalidade desse instituto. Muitas vezes, há a celebração do TAC, mas o obrigado não procede com as condutas necessárias para sua execução, restando esvaziada a finalidade do instituto, que é a eficaz tutela dos



BIBLIOTECA D. ESMAPE

direitos difusos ambientais de um modo rápido e desburocratizado.

De fato, se não há a devida fiscalização do cumprimento das obrigações constantes do compromisso de conduta, a violação ao meio ambiente continua a produzir efeitos danosos para toda a coletividade e o agressor continua sem ser responsabilizado, logo, o TAC não cumprirá as funções para as quais foi idealizado.

## 4 CONCLUSÃO

Concluindo, temos que o instituto do termo de ajustamento de conduta tem suas origens no Código do Consumidor, que, aumentando o alcance da Lei da ação civil pública, trouxe uma novidade para melhor concretizar a função que a Constituição do Brasil de 1988 impôs ao Ministério Público, qual seja, de guardião precípuo dos interesses difusos, e, entre eles, o direito de todos ao meio ambiente saudável e equilibrado. O meio ambiente é bastante agredido hoje em dia, em tempos de rápido desenvolvimento da sociedade de consumo, e exatamente por isso a sua tutela deve primar pela rapidez e efetividade.

Nessa linha, o ajustamento de conduta é um negocio jurídico bilateral que tem o efeito de acertar a conduta do obrigado às exigências legais - de modo a poupar o meio ambiente - sem que haja necessidade de invocar a tutela jurisdicional estatal, o que por si só já traz maior desburocratização e celeridade para a consecução dos objetivos constitucionais de defesa ambiental. Vale ressaltar que o TAC não pode ter como resultado disposição nem transação do direito difuso.

É ele um importante instituto para a concreção dos objetivos do Estado Democrático de Direito no que pertine à defesa do meio ambiente, pois permite a participação do cidadão na esfera de atuação administrativa do Estado, favorece





o amplo acesso à justiça de toda a sociedade - titular do direito ao meio ambiente saudável - posto que não carece da tutela jurisdicional, e serve de instrumento para que o *Parquet* promova de maneira mais célere a defesa dos direitos fundamentais ambientais.

Principalmente, o TAC possibilita a eficaz prevenção do dano, o que na seara do meio ambiente ecologicamente equilibrado se traduz infinitamente melhor do que a tentativa de reparação do *dano*, que, depois de consumado, resta difícil de ser reparado. O ajuste de conduta melhor desempenha seu papel quando previne a ocorrência do dano ou quando firmado enquanto a reparação integral do dano é possível (RODRIGUES, 2006, p. 295).

O seu sentido de tutela preventiva deve, portanto, ser enfatizado. Por isso o ajuste é a perfeita opção para a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. No ramo do direito ambiental, há várias situações nas quais a única alternativa de tutela do direito difuso em tela é a prevenção. O compromisso foi concebido como um mecanismo de solução extrajudicial de conflito justamente para propiciar referida prevenção (RODRIGUES, 2006, p. 125).

O ajustamento de conduta é um meio bastante democrático de defesa dos direitos ambientais que ainda está em construção. Para atingir toda a sua potencialidade como instrumento ministerial de defesa célere e eficaz do meio ambiente, porém, deve ser uma prática mais recorrente no dia-a-dia do *Parquet* e atentamente fiscalizada.

De nada adianta a celebração do compromisso se seu cumprimento não é fiscalizado de perto pelos legitimados. Principalmente quando a agressão atinge bem público, e sua repercussão não é sentida de imediato na esfera dos direitos privados de cada cidadão, é que a continuidade da agressão passa desapercebida. Para que não seja inócua a atuação do



BIBLIOTECA DA ESMAPE

Ministério Público na defesa do meio ambiente, é fundamental uma efetiva fiscalização.

## REFERÊNCIAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de Ajustamento de Conduta.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Curso de Direito Ambiental.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

OLIVEIRA, Juazez (org.). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

BRASIL. Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 19 set 2006.

BRASIL. Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347.htm>. Acesso em: 20 set 2006.





BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Leis/L8078.htm>. Acesso em: 19 set 2006.

FELDMAN, Fábio. **Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão.** Edis Milaré e Herman Benjamin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 2.ed. amp. São Paulo: Saraiva, 2001.

HAHN, Claudette M. O Termo de ajustamento de conduta (TAC) na Secretaria de Meio Ambiente do estado de São Paulo (SMA). **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, a. 8, n. 32, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 18. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

MILARÉ, Édis ; BENJAMIN, Herman. **Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão.**São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974-1977. v.9

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual.** 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 1984.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática.** 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.



# AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MEIO PARA ASSEGURAR O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

***Mariana Vieira Sarmento***
Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco; Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, Pós Graduada em Constitucional, Administrativo e Tributário pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE.

**SUMÁRIO**

INTRODUÇÃO. 1 ASPECTOS PRELIMINARES. 1.1 Direito à saúde no ordenamento jurídico nacional. 1.2 Limites da coisa julgada em ação civil pública. 2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA GARANTIR O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. 2.1 Impossibilidade de atuação de o Judiciário como legislador positivo e analisar questões políticas. 2.2 Interferência do Judiciário na discricionariedade administrativa. 2.3 Necessidade de previsão orçamentária. 3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO MANUSEIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA ASSEGURAR O PROVIMENTO DE MEDICAMENTOS. 3.1 Possibilidade de o Judiciário atuar como legislador positivo e analisar questões políticas, quando há ofensa aos ditames constitucionais. 3.2 Sujeição dos atos administrativos, inclusive os discricionários, ao crivo do Judiciário. 3.3 Superioridade axiológica do direito à saúde em relação às normas orçamentárias. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o desiderato principal de analisar a utilização da ação civil pública para determinar ao

Estado que forneça medicamentos às pessoas destituídas de recursos econômicos.

É pacifica na jurisprudência a possibilidade do magistrado garantir o fornecimento de medicamentos em ações ordinárias ou em mandados de segurança, nos quais se avaliam as condições fáticas do caso concreto. No entanto, não se pode dizer o mesmo quando se trata de ações civis públicas interpostas nesse sentido, nas quais não se podem estimar previamente a demanda necessária para cumprir a decisão judicial, tendo em vista o efeito *erga omnes* desse tipo de ação.

## 1 ASPECTOS PRELIMINARES

### 1.1 O direito à saúde no ordenamento jurídico nacional

São diversos os dispositivos constitucionais que se reportam expressamente ao direito à saúde, tendo sido reservada uma seção específica sobre o tema dentro do capítulo destinado à Seguridade Social. Merece destaque, entre os dispositivos, o art. 196, no qual a saúde passou a ser considerada como direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para seu acesso, proteção e recuperação.

A promoção da saúde é entendida como um dever do Estado, sendo regulada pela Lei n.º 8.080/90, a qual estabelece que as ações e serviços de saúde serão prestados por todas as instituições públicas federais, estaduais e municipais, de forma gratuita, por se tratar de serviço público fundamental à dignidade da pessoa humana. No art. 7º são situados os princípios e as diretrizes que devem ser obedecidos, enfatizando entre eles, a universalidade de acesso aos usuários, a integralidade e a igualdade de assistência, além dos direitos à informação do seu estado de saúde, à participação da comunidade e à descentralização político-administrativa. A atividade privada de saúde é permitida desde que sejam observados os preceitos éticos e normativos da matéria.





A norma operacional básica do Sistema Único de Saúde - SUS, NOB n.º 01/96, preceitua que todos os brasileiros devem construir e usufruir de políticas públicas (econômicas e sociais) que reduzam riscos e agravos à saúde, sendo assegurado o acesso universal para todos e equânime, com justa igualdade a serviços e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, ou seja, atendimento integral.

Por seu turno, a Constituição do Estado de Pernambuco, no art. 159, dispõe que a saúde será provida mediante políticas sociais, econômicas e ambientais, com a finalidade de eliminar o risco de doenças, sendo essas respectivas ações de relevância pública.

### 1.2 Limites subjetivos da coisa julgada em ação civil pública

Os limites subjetivos da coisa julgada definem as pessoas que se submetem à imutabilidade e indiscutibilidade do comando inserido na sentença. Nos seus clássicos limites somente atinge as partes integrantes da relação processual, isto é, os sujeitos que atuaram no processo em contraditório. Porém, pela própria natureza dos direitos protegidos na ação civil pública, nesse tipo de procedimento, os limites da coisa julgada são diferentes.

Na redação original da Lei da Ação Civil Pública a sentença proferida nesses litígios fazia coisa julgada *erga omnes*,



BIBLIOTECA D. ESMAPE

salvo se fossem julgados improcedentes por ausência de provas. Entretanto, a Lei n.º 9.494/97 alterou o aludido dispositivo, que passou a preceituar que a sentença só faria coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator, ressalvado, de igual modo, as hipóteses em que forem julgados improcedentes por falta de provas, que continuaram sem fazer coisa julgada.

Analisando a reforma legislativa, notamos que sua finalidade foi limitar os efeitos subjetivos da coisa julgada a um determinado território sobre o qual verifica-se a competência do Tribunal a que está vinculado o juiz, na tentativa do Estado se acautelar de futuras demandas coletivas que eventualmente viesse a responder[1].

Parte da doutrina entende que se trata de uma infeliz e inútil alteração, pois o legislador não soube discernir entre os limites (objetivos e subjetivos) da coisa julgada *erga omnes* e a competência do órgão julgador, que consiste em saber qual órgão do Judiciário está investido de parcela de jurisdição estatal, além de confundir a competência para julgamento da ação civil pública, que é absoluta, com competência territorial. Ademais, a mencionada modificação não alcançou o Código de Defesa do Consumidor, que disciplina a coisa julgada de toda e qualquer defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, e nem a Lei da Ação Popular que continua estendendo a imutabilidade *erga omnes* da coisa julgada sem dependência da competência territorial do julgador[2].

[1] VIGLIAR, José Marcelos Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? MILARÉ, Edis. (Coord.) **Ação civil pública:** Lei 7.347/85 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.. 118-120.

[2] MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. 479.





Segundo o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada: a) *erga omnes*, se os interesses forem difusos; b) *ultra partes*, nos interesses coletivos, limitada ao grupo, categoria ou classe; c) *erga omnes*, para beneficiar os lesados ou seus sucessores, sendo o caso de interesses individuais homogêneos.

Deve-se destacar que a opção pela noção de coisa julgada *ultra partes* da sentença, em relação aos direitos coletivos, pode parecer uma forma de distinção entre a coisa julgada dos demais interesses meta individuais, porém, na prática pouco se diferenciam. A coisa julgada *ultra partes*, em tutela coletiva, amplia os sujeitos alcançados pelo seu efeito, ou seja, os limites subjetivos da coisa julgada, para alcançar terceiros estranhos ao processo, impossibilitando-os de impugnar a decisão coletiva, embora exclua expressamente os interesses individuais dos integrantes da classe, grupo ou categoria de seus efeitos, mantido em integralidade o seu direito de ação quanto a este objeto[3].

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou interpretação que os efeitos da sentença se limitam à competência territorial do órgão julgador, *verbis*:

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE DISSENSO ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SENTENÇA. EFEITOS ERGA OMNES. ABRANGÊNCIA RESTRITA AOS LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR.

[3] ROCHA, Ibraim José das Mercês. Contraditório e coisa julgada em sede de tutela de interesses metaindividuais. Uma Leitura sobre o prisma das curvaturas. *Jus Navigandi*, Teresina, a.5, n.51, out. 2001. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id= 2084 >. Acesso em: 23 ago. 2005.



BIBLIOTECA D. ESMAPE

> 1. Não há falar em dissídio jurisprudencial quando os arestos em confronto, na questão em foco, decidem na mesma linha de entendimento.
> 2. Nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97, a sentença civil fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator.
> 3. Embargos de divergência não-conhecidos.[4]

Apesar disso, *data venia*, essa posição não parece ser a mais adequada porque a competência que o juízo pode ter sobre o território nacional não se confunde com os efeitos que a sentença possa produzir fora da comarca, em que foi proferida. Exemplificando: uma sentença de anulação de casamento ou de divórcio, transitada em julgado, produzirá efeitos, inclusive, fora dos limites geográficos do Estado em que fora prolatada.

Logo, uma ação civil pública que vise à proibição da comercialização de algum medicamento, supostamente nocivo à saúde, se for julgada procedente e transitar em julgado, não deveria restringir-se apenas ao local onde foi proposta, pois comprovado o risco do consumo dessa substância, não tem cabimento sua venda ser proibida em alguns Estados e permitida nos outros que não tiveram ações ajuizadas e/ou julgadas nesse sentido.

Se em nome do Estado o juiz possui uma parcela de jurisdição – competência – para decidir a lide, após o trânsito

[4] BRASIL.SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Corte Especial, Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 293407-SP, Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Decisão unânime. Brasília, j. 07 jun. 2006. DJ de 01 ago. 2006, p 327. Disponível a partir de: <http:// www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?> Acesso em: 22 set. 2006.





em julgado, a sentença representará a vontade estatal e será imutável para as partes, ou em certos casos, para toda a coletividade. A imutabilidade não será maior ou menor conforme a competência do órgão prolator, mas de acordo com o grupo social a que se destina.

Ao mesmo tempo, o comando judicial proveniente das ações coletivas precisa atuar de modo uniforme e unitário por onde se revele a incidência do interesse objetivado, sob pena de tornar ineficaz a tutela judicial coletiva, ocasionando a propositura de várias ações individuais correlatas[5].

Exigir que fossem propostas ações civis públicas em todos os Estados da Federação, para retirar o medicamento definitivamente do mercado nacional, significaria, além de um contra-senso, num enfraquecimento ao regime das ações coletivas e, via de conseqüência, aos princípios constitucionais da celeridade, da efetividade da jurisdição e da própria segurança jurídica.

Enfim, a interpretação que melhor preserva a tutela dos interesses transindividuais é a que considera ter sido a alteração precedida na Lei de Ação Civil Pública inócua porque não incidiu, ao mesmo tempo, no Código de Defesa do Consumidor, que possui expressamente aplicação subsidiária às ações civis públicas de quaisquer interesses transindividuais, sendo lamentável que o Superior Tribunal de Justiça esteja acatando a tese da restrição dos efeitos da sentença.

[5] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública:** em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001..p. 207-208



BIBLIOTECA DA ESMAPE

## 2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA GARANTIR O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

### 2.1 Impossibilidade de o Judiciário atuar como legislador positivo e analisar questões políticas

Na defesa de que não pode ser proposta ação civil pública requerendo a distribuição de remédios nos postos de saúde, alega-se que o juiz não pode atuar como legislador positivo, ou seja, criando ou modificando determinada norma, que define quais os medicamentos serão fornecidos pela entidade pública.

É também invocado como limite de atuação judicial a impossibilidade do controle jurisdicional dos chamados atos políticos, sendo da competência do Executivo a realização de políticas públicas, inclusive, as referentes à saúde da população, não cabendo interferência dos demais Poderes[6].

Os atos políticos são aqueles praticados pelos agentes do Governo no uso de competências constitucionais e se baseiam na ampla liberdade de apreciação de sua conveniência e oportunidade, sem se limitarem a critérios pré-estabelecidos. São atos de condução dos negócios públicos e não apenas de execução, por isso são insuscetíveis de controle judicial.

Nessa linha de raciocínio, a Constituição não determina os critérios e os meios que os recursos públicos serão aplicados, cabendo ao Legislativo fixar, de acordo com a conjun-

[6] FRONTINI, Paulo Salvador. Ação civil pública e a separação dos poderes do estado. *In*:ARÉ, Edis. (Coord.) **Ação civil pública:** Lei 7.347/85 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 744





tura socioeconômica, as prioridades e a forma de realização dos direitos sociais que requerem uma prestação estatal e ao Executivo efetivar essa determinação, sendo uma questão de competência constitucional e, em decorrência, isenta da apreciação judicial[7].

Salienta-se que esses pedidos dotados de grande carga humanitária desmantelam qualquer planejamento e contribuem para a manutenção de políticas públicas ineficazes. Afinal, o Executivo, como ente formulador e executor de políticas públicas necessárias à saúde da população, não pode ser obrigado a atender uma parcela de pessoas beneficiadas pela ação civil pública e, conseqüentemente, lesar outros sujeitos que precisam igualmente da proteção estatal.

Afirma-se que nos termos do art. 198, II, da CF, c/c os arts. 7º, II e VII, 36 e 37, da Lei n.º 8.080/90, a integralidade da assistência não é um direito a ser satisfeito de maneira aleatória, conforme exigências individuais do cidadão ou de acordo com a vontade do dirigente da saúde, mas o resultado do plano de saúde que, por sua vez, deve ser a conclusão de um planejamento que leve em conta a epidemiologia e a organização de serviços e conjugue as necessidades da saúde com as disponibilidades econômicas, além da necessária observação do que ficou decidido nas comissões intergovernamentais trilaterais ou bilaterais que não contrariem a Lei[8].

Segundo esse argumento, a determinação para que o Estado forneça este ou aquele medicamento configura uma

[7] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001. p. 265

[8] SANTOS, Lenir. Saúde: conceito e atribuições do Sistema Único de Saúde. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 821, 2 out. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7378>. Acesso em: 26 jun. 2006.



BIBLIOTECA D. ESMAPE

violação ao princípio da separação de poderes e ao princípio da reserva legal, que lhe é decorrente, pois essa atitude caracteriza uma ingerência do Judiciário em assuntos exclusivos dos demais poderes, quais sejam, o planejamento e aplicação dos recursos estatais no atendimento dos anseios da população.

## 2.2 Interferência do Judiciário na discricionariedade administrativa

Outro argumento bastante utilizado para coibir a possibilidade de ação civil pública na situação em tela, é que não é cabível o controle judicial dos atos administrativos discricionários, já que no âmbito da conveniência e oportunidade, o administrador é livre para escolher quais os tipos de medicamentos e a forma de provimento dos mesmos, desde que, obviamente, não ultrapasse a barreira imposta na Lei.

Declara-se ser impossível desconsiderar que cabe ao gestor, dentre a ordem de prioridade estabelecida, selecionar quais medicamentos devem ser adquiridos pelo Estado para atender a população carente, sendo essa atividade discricionária da Administração. Destarte, o Executivo, ao valorar as carências da saúde populacional, decide a política de gerenciamento dos medicamentos e define as prioridades para a compra dos mesmos, proporcionalmente à demanda existente nos postos de saúde e hospitais da rede pública, de modo a atender a maioria das pessoas desprovidas de recursos econômicos. Aliás, a assistência farmacêutica, como parte integrante da assistência terapêutica integral, compreende apenas o provimento do medicamento que foi receitado pelo profissional de saúde dentre aqueles padronizados na relação de medicamentos essenciais, conforme ficou substanciado em julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do próprio Superior Tribunal de Justiça, que ratificam o fato que se o remédio





requisitado não fizer parte dessa lista, o ente público não tem a obrigação de adquiri-lo[9].

Do mesmo modo, não se pode esquecer que princípio da proporcionalidade deve basear a decisão do juiz, impedindo a desproporção entre os meios utilizados e os fins a serem alcançados. Logo, não sendo possível demonstrar que o administrador agira erroneamente, por exemplo, caso o Executivo já disponibilize medicamento similar que produza os mesmos efeitos, não possui o Poder Judiciário legitimidade para controlar essa escolha, que é uma atividade política e discricionária, devendo o pedido ser julgado improcedente.

Entender diferente consistiria numa intromissão indevida na função dos demais poderes, ofendendo o princípio da separação de funções e atropelando, inclusive, o cumprimento de diretrizes e prioridades já estabelecidas pela Administração.

## 2.3 Necessidade de previsão orçamentária

Não obstante os argumentos já estudados, não podemos esquecer da questão orçamentária e, principalmente, da insuficiência de dinheiro para garantir a efetiva distribuição dos medicamentos determinados pelo magistrado a todas as pessoas que deles precisarem, sem nenhuma estimação prévia da quantidade de usuários e da fonte de custeio. Nessa linha de pensamento, a Presidência do nosso Tribunal Estadual já suspendeu a eficácia de uma liminar concedida em ação civil pública, *verbis*:

[9] BRASIL.TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 4ª REGIÃO, 4ª Turma, Agravo de Instrumento n.º -SC. Relator: Cláudia Cristina Cristofani. Decisão unânime. Porto Alegre, j. 04 ago. 2004. DJU de 01 set. 2004, p. 691. Disponível a partir de: http://cjf.gov.br/cjf/resultado. jsp?. Acesso em 23 set. 2005; BRASIL.SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Presidência, Suspensão de Tutela Antecipada n.º 59-SC, Relator: Ministro Nilson Na-



BIBLIOTECA D. ESMAPE

> (...) **Todavia, a liminar concedida na Ação Civil Pública originária, a um número indeterminado de pessoas, sem que se possa mensurar o quantitativo necessário de medicamentos a serem adquiridos, constitui um verdadeiro cheque em aberto e pode de fato acarretar um desequilíbrio financeiro no Estado, já que este se encontra regrado ao princípio do orçamento.** Para que se possa dar cumprimento à determinação judicial questionada na forma posta, será inevitável o comprometendo de toda a coletividade destinatária das ações e serviços de saúde sob a cura do Estado, pois haverá necessidade de desvios de dotações originárias próprias, de sorte que se afigura possível o efeito multiplicador danoso, diante do aparente risco de proliferação de demandas similares.[10]

A referida decisão baseia-se na premissa de que o Judiciário só deve conceder liminares para o fornecimento de medicamentos quando houver apreciação do caso concreto e a necessidade real do paciente para não prejudicar o equilíbrio das contas públicas.

Assim, a efetivação destes direitos fundamentais encontrar-se-ia na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, enfatizando que essa tarefa constitui atividade precípua do legislador ordinário para decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos. Vale salientar, ainda, que o constituinte brasileiro preocupou-se em planejar todas as despesas realizadas pelo poder público.

ves. Decisão monocrática. Brasília, j. 30 dez. 2003. DJ de 02 fev. 2004. Disponível a partir de: <http://cjf.gov.br/cjf/resultado.jsp?> Acesso em: 06 jul. 2006.

[10] PERNAMBUCO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Presidência. Pedido de Suspensão de Liminar n.º 128.332-7. Rel. Macêdo Malta. Decisão monocrática. Pernambuco, 24 jan 2006. DOE de 10 de fev 2006, p. 05. Disponível a partir de: <http://tjpe.gov.br/cgi-bin/om_isapi.dll?> Acesso em: 13 jul. 2006.





A Constituição Federal veda o início de programas ou projetos não incluídos na Lei Orçamentária Anual (art. 167, I), a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários (art. 167, II), bem como a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (art. 167, VI).

Portanto, percebe-se que qualquer despesa realizada pela Administração precisa de um suporte orçamentário, sob pena do Chefe do Executivo estar incurso em crime de responsabilidade, uma vez que o mesmo estará ordenando ou efetuando despesa não permitida em Lei, ou, ainda, realizando-a em desacordo com as normas financeiras pertinentes. Tal preocupação é corroborada pela inclusão realizada pela Lei n.º 10.028/2000 do art. 359D no Código Penal, com o objetivo de definir como crime contra as finanças públicas a ordenação de despesas não autorizadas por Lei.

Além dos dispositivos citados, a Lei Complementar n.º 101, também conhecida como a Lei de Responsabilidade Fiscal, estabelece a obrigatoriedade do planejamento do orçamento.

Nota-se, assim, o grande interesse do legislador em guarnecer as contas públicas contra antigas práticas ainda hoje responsáveis pelo enorme desequilíbrio entre arrecadação estatal e seus gastos, pois só com o equilíbrio fiscal é que o Estado poderá realizar os investimentos necessários para resolver os problemas sociais.

Nessa perspectiva, o magistrado não deve ficar indiferente à viabilidade material de sua decisão, haja vista a possibilidade de comprometer o sistema de saúde, prejudicando toda



BIBLIOTECA D. ESMAPE

a população, o que por certo, não atenderia, da mesma forma, ao princípio constitucional da igualdade. Nas hipóteses em que o medicamento sequer possui sua eficácia comprovada o julgador deve ter uma atenção ainda maior, ponderando se valeria à pena o Estado arcar com os custos de um tratamento de eficácia duvidosa e colocar em risco a saúde de inúmeras outras pessoas que seriam inevitavelmente prejudicadas com a falta da verba desviada para o cumprimento da sentença. Se o Executivo já disponibiliza a substância que produz os mesmos efeitos dos medicamentos requisitados, não detém o Judiciário autoridade para controlar a validade dessa opção, devendo o pedido ser necessariamente julgado improcedente.

Outrossim, a situação orçamentária dos entes públicos é tão séria que o próprio Tribunal de Contas da União, no acórdão n.º 1.673/2004, demonstrou preocupação com o crescente número de ações judiciais no fornecimento de medicamentos, às quais vêm causando problemas ao Sistema Único de Saúde. Por unanimidade, foi orientada a realização de seminários, a elaboração de cartilha para instruir o Ministério Público e o Judiciário acerca das diretrizes de fornecimento de medicamentos e dos protocolos estabelecidos nesse sentido, bem como sobre as repercussões dessas demandas nos cofres públicos e na própria distribuição de remédios.

Afinal, as políticas públicas precisam de dinheiro. Os direitos sociais e a ação governamental dependem da arrecadação dos ingressos previstos nos planos anuais e plurianuais. Os direitos sociais (arts. 6º e 7º da CF) e os direitos econômicos (art. 174 ao 179 da CF) existem, do ponto de vista de sua eficácia social, sob a condição da reserva do possível ou da soberania orçamentária do legislador, devendo se ponderar, ainda, se o medicamento pleiteado pelo cidadão faz parte da RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais). As liminares ou outras decisões que não observam esses





parâmetros ofendem ao princípio da legalidade orçamentária, além de causar prejuízos a edilidade.[11]

Dessa maneira, o Judiciário só pode assegurar a distribuição de remédios em casos excepcionalíssimos a pessoas previamente determinadas, para que o Estado possa organizar suas finanças sem colocar em risco a estabilidade financeira do Sistema Único de Saúde.

## 3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO MANUSEIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA ASSEGURAR O PROVIMENTO DE MEDICAMENTOS

### 3.1 Possibilidade de o Judiciário atuar como legislador positivo e analisar questões políticas quando há ofensa aos ditames constitucionais

Argumenta-se, no referente ao suposto impedimento de o Judiciário atuar como legislador positivo, que se evidente a violação ao princípio da isonomia é injustificável não permitir a correção da situação, sendo permitido que esse Poder atue positivamente, corrigindo as falhas no fornecimento de medicamentos, com base na teoria da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Não se poderia falar, desse modo, em ditadura do Judiciário, pois sua atuação seria sempre secundária, na medida em que inexistiria necessidade de uma decisão judicial se os demais Poderes cumprissem com seus deveres[12].

[11] NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Saúde, medicamentos, desenvolvimento social e princípios orçamentários. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 542, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6127>. Acesso em: 26 jun. 2006.

[12] SCHWARTZ, Germano André DoederLein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 162



BIBLIOTECA DA ESMAPE

Ao mesmo tempo, o fato da escolha dos medicamentos fornecidos pelo Estado ser uma atividade eminentemente política não afasta a análise judicial da mesma, especialmente quando esta ocasiona prejuízo aos direitos fundamentais dos indivíduos à vida e à saúde, pois como é sabido, cabe ao Judiciário a reparação de qualquer lesão a direito, nos termos do art. 5º, XXV, da Constituição Federal.

Além disso, entender dessa maneira, não significa permitir a violação do princípio da separação de poderes, mas decisão jurisdicional sobre a violação ao direito à saúde, o qual implica, o fornecimento de medicamentos. Aliás, é perfeitamente possível a análise quanto à observância do Executivo de seus deveres para assegurar o exercício do direito à saúde.

Nesse sentido, não se pode cogitar da realização do direito à saúde ficar atrelada a normas e procedimentos fixados pelo Ministério da Saúde, pois os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) antes de obedecerem a tais regramentos, se submetem à Constituição Federal.

De fato, se o Executivo não disponibiliza à população carente os medicamentos requisitados pelo médico violou a Lei e lesionou os direitos dos pacientes que precisam da substância requisitada na ação civil pública para o tratamento de suas doenças, os quais só restam ter seus pleitos atendidos na via judicial.

### 3.2 Sujeição dos atos administrativos, inclusive os discricionários, ao crivo do Judiciário

Inicialmente, cumpre assinalar que o controle judicial incide sobre toda a atividade administrativa do Estado, seja qual for o Poder que a tenha desempenhado, podendo o Judiciário confrontar qualquer ato administrativo com a Lei ou a Constituição e verificar se há a compatibilidade normativa.





Em relação aos atos vinculados não há qualquer restrição a esse controle, mas no referente aos atos discricionários, a rigor, entende-se que o Judiciário só pode analisar os aspectos de legalidade e, ainda, se a Administração não ultrapassou a barreira da discricionariedade. Ocorre que, em decorrência dos abusos cometidos sob o pretexto da discricionariedade, começou a surgir no direito brasileiro uma forte tendência para ampliar o controle judicial desses atos.

Assim, cabe ao administrador planejar e eleger os medicamentos postos à disposição da população, porém se no desempenho desta atividade os indivíduos não tiverem suas necessidades atendidas, o Judiciário, em razão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, pode verificar a validade desse ato, inclusive, no que se refere aos pressupostos do próprio mérito. Essa fiscalização não configura ofensa à repartição de competências, haja vista que o titular de direito individual, bem como o de direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) detém o direito constitucional de requerer ao Judiciário o tratamento jurisdicional adequado[13].

No caso em questão, negar a via coletiva aos que dependem dos remédios distribuídos nos postos de saúde e hospitais públicos para realizarem seu tratamento médico não constitui, evidentemente, na tutela judicial apropriada aos titulares desses direitos.

Alega-se, de igual modo, que a conveniência e oportunidade da atuação administrativa não autorizam a inércia ou omissão dos deveres constitucionais estabelecidos, nem

[13] NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 132-133

tampouco, que o poder público deixe de prestar os serviços essenciais à comunidade, como o fornecimento de medicamentos necessários à manutenção da saúde populacional.

### 3.3 Superioridade axiológica do direito à saúde em relação às normas orçamentárias

A questão mais delicada, contudo, no alusivo a possibilidade da determinação judicial em ação civil pública obrigar o Estado a fornecer medicamentos à população é a declação de carência de recursos.

No entanto, segundo esse posicionamento, por mais que os poderes públicos venham opor os habituais argumentos da ausência de verbas e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de dinheiro público, esta solução não pode prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana[14].

Ademais, a Constituição Federal tratou de forma especial o direito à vida, proibindo, inclusive, a pena de morte (salvo se houver guerra declarada), sendo a falha na distribuição de medicamentos uma verdadeira condenação à morte, sem direito à defesa, razão pela qual, a justificação de insuficiência de recursos não pode prevalecer, sob pena de tornar inútil à tutela jurisdicional contra o poder público.

Nesse sentido, observa-se que a própria Lei n.º 8.080/90, que regula o Sistema Único de Saúde, preceitua no art. 2º que a saúde é um direito fundamental do ser humano devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, e mais adiante, no art. 6º, I, estabelece que estão incluídas na atuação do SUS a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive, a farmacêutica.

[14] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001. p. 302.





Assinala-se que a ausência de recursos para cumprir a decisão judicial que determinar a distribuição de medicamentos nos postos de saúde não merece ser acolhida, pois se trata de mera retórica para driblar o cumprimento da Lei, já que todo ente público possui dotação orçamentária destinada à promoção de políticas públicas de saúde, dentre elas o fornecimento de medicamentos.

Do mesmo modo, em nosso ordenamento, não há vedação para que o juiz ordene ao Executivo a realização de despesas para fazer valer um direito constitucional, até porque as normas em colisão (previsão orçamentária *versus* direito fundamental a ser concretizado) estariam no mesmo plano hierárquico, cabendo ao juiz dar prevalência ao direito fundamental dada a sua superioridade axiológica em relação à regra orçamentária.

Observa-se que no caso de existirem duas leis em conflito (antinomia), usa-se um dos critérios apontados pela doutrina para excluir a aplicação de uma delas, todavia, havendo colisão entre princípios constitucionais, não se pode simplesmente afastar a utilização de um deles.

Os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso *sub examine*, por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos, não havendo dúvidas que, na situação em estudo, o direito à saúde dos brasileiros tem maior importância que a questão orçamentária do

poder público. Corroborando essa argumentação, já decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região[15].

Além disso, a dignidade da pessoa humana consiste em princípio de maior hierarquia axiológica-valorativa tendo sido, inclusive, reconhecida como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito, no art. 1º, III, da Carta Magna. O que significa que o Estado existe em função da pessoa humana e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua e não meio da função estatal[16].

Nessa acepção, as normas impeditivas de gastos indevidos não devem prevalecer sobre as que garantem o direito à saúde, que é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo à luz dele que todas as demais normas devem ser interpretadas.

Igualmente, entende-se que nesse caso, o respeito à norma infraconstitucional que limita os gastos públicos e estabelece qual o tipo de medicamento será fornecido pelo poder público fere a própria Constituição, pois impede o exercício do direito à vida e à saúde, direitos esses, invioláveis pela Constituição de 1988.

Alegar ausência de previsão orçamentária para impedir o ajuizamento de ações civis públicas com a finalidade de assegurar o fornecimento de medicamentos indispensáveis à vida

[15] TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 2ª REGIÃO, 2ª Turma, Apelação Cível n.º 302546-RJ. Relator: Valmir Peçanha. Decisão unânime. Rio de Janeiro, j. 10 mar. 2003. DJU de 04 nov. 2003, p. 86. Disponível a partir de: <http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?>Acesso em: 13 jul. 2005.

[16] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001, p. 112; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004. p. 65





de diversas pessoas só porque seu quantitativo não pode ser estipulado previamente é o mesmo que premiar a negligência do Executivo na garantia de tal direito. Além do que, esse Poder já possui inúmeros outros meios (verbas suplementares ou remanejamento de recursos utilizados em propaganda, construções de prédio, etc.) para não se escusar do seu dever de preservar a vida[17]. Nesse mesmo sentido:

> (...)Mérito:- O Sistema Único de Saúde pressupõe uma assistência integral, no plano singular ou coletivo, na conformidade das necessidades de cada paciente, independente da espécie e nível de enfermidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do medicamento para a garantia da vida, deverá ele ser fornecido.- **O fato de o medicamento não se achar contemplado no Programa de Medicamentos Excepcionais do Ministério da Saúde não impede o seu fornecimento, podendo o Estado valer-se da transferência de recursos do SUS.**- *In casu*, qualquer exigência sucumbe diante do caráter fundamental da tutela de urgência, a dispensar, inclusive, o procedimento licitatório.- **A ausência de dotação orçamentária para custear serviços de saúde não constitui óbice para que o Estado possa assegurar aos menos favorecidos as condições mínimas de atendimento médico e hospitalar, para que realizem seu direito fundamental a saúde.**- Agravo Regimental improvido, à unanimidade de votos.[18]

[17] SCHWARTZ, Germano André DoederLein. **Direito à saúde:** efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 79 e p. 165

[18] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. 8ª Câmara Cível. Agravo Regimental n.º 118.445-6/06. Rel. Jones Figueiredo. Decisão unânime. Pernambuco, 28 jan 2005. DOE de 14 fev 2005, p. 07.Disponível a partir de: <http://tjpe.gov.br/cgi-bin/om_isapi.dll?> Acesso em: 13 jul. 2006.

poder público. Corroborando essa argumentação, já decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região[15].

Além disso, a dignidade da pessoa humana consiste em princípio de maior hierarquia axiológica-valorativa tendo sido, inclusive, reconhecida como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito, no art. 1º, III, da Carta Magna. O que significa que o Estado existe em função da pessoa humana e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua e não meio da função estatal[16].

Nessa acepção, as normas impeditivas de gastos indevidos não devem prevalecer sobre as que garantem o direito à saúde, que é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo à luz dele que todas as demais normas devem ser interpretadas.

Igualmente, entende-se que nesse caso, o respeito à norma infraconstitucional que limita os gastos públicos e estabelece qual o tipo de medicamento será fornecido pelo poder público fere a própria Constituição, pois impede o exercício do direito à vida e à saúde, direitos esses, invioláveis pela Constituição de 1988.

Alegar ausência de previsão orçamentária para impedir o ajuizamento de ações civis públicas com a finalidade de assegurar o fornecimento de medicamentos indispensáveis à vida

[15] TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 2ª REGIÃO, 2ª Turma, Apelação Cível n.º 302546-RJ. Relator: Valmir Peçanha. Decisão unânime. Rio de Janeiro, j. 10 mar. 2003. DJU de 04 nov. 2003, p. 86. Disponível a partir de: <http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dll?>Acesso em: 13 jul. 2005.

[16] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001, p. 112; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004. p. 65





de diversas pessoas só porque seu quantitativo não pode ser estipulado previamente é o mesmo que premiar a negligência do Executivo na garantia de tal direito. Além do que, esse Poder já possui inúmeros outros meios (verbas suplementares ou remanejamento de recursos utilizados em propaganda, construções de prédio, etc.) para não se escusar do seu dever de preservar a vida[17]. Nesse mesmo sentido:

> (...)Mérito:- O Sistema Único de Saúde pressupõe uma assistência integral, no plano singular ou coletivo, na conformidade das necessidades de cada paciente, independente da espécie e nível de enfermidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do medicamento para a garantia da vida, deverá ele ser fornecido.- **O fato de o medicamento não se achar contemplado no Programa de Medicamentos Excepcionais do Ministério da Saúde não impede o seu fornecimento, podendo o Estado valer-se da transferência de recursos do SUS.**- *In casu*, qualquer exigência sucumbe diante do caráter fundamental da tutela de urgência, a dispensar, inclusive, o procedimento licitatório.- **A ausência de dotação orçamentária para custear serviços de saúde não constitui óbice para que o Estado possa assegurar aos menos favorecidos as condições mínimas de atendimento médico e hospitalar, para que realizem seu direito fundamental a saúde.**- Agravo Regimental improvido, à unanimidade de votos.[18]

[17] SCHWARTZ, Germano André DoederLein. **Direito à saúde:** efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 79 e p. 165

[18] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. 8ª Câmara Cível. Agravo Regimental n.º 118.445-6/06. Rel. Jones Figueiredo. Decisão unânime. Pernambuco, 28 jan 2005. DOE de 14 fev 2005, p. 07.Disponível a partir de: <http://tjpe.gov.br/cgi-bin/om_isapi.dll?> Acesso em: 13 jul. 2006.

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE REMÉDIOS PELO ESTADO À POPULAÇÃO CARENTE - COMPETÊNCIA DA JUSTICA ESTADUAL EM FACE DO QUE DISPÕE O ART. 198 DA CARTA MAGNA. 1 - A assistência à saúde é direito constitucional, sendo dever de todos os entes do sistema federativo. 2 - **Não pode o Estado interromper o fornecimento de medicamento considerado essencial à população sob o argumento de que a União não repassou a parcela devida para custear os medicamentos**, posto que conforme estabelece o art. 198 da Carta Magna, cada ente federativo é responsável pela prestação de serviços à saúde em seu âmbito de competência (...) Por unanimidade, negou-se provimento ao recurso[19].

Nessas decisões verificamos que a falta de dotação orçamentária ou mesmo de repasse de verba de outro ente federado não podem servir de fundamento para interferir no fornecimento de medicamentos à população, especialmente se este for considerado como imprescindível para garantir a vida e o bem estar dos seus usuários.

Enfim, compete ao ente público, dentro do seu orçamento, cumprir o disposto nas Leis e na Constituição, afastando-se de formalidades burocráticas e exercendo seu dever de cuidar da saúde da população brasileira, já que sendo julgada improcedente a ação civil pública colocará em risco de morte todos aqueles que necessitam da droga requerida para sobreviverem, consistindo num verdadeiro homicídio, sem ao menos lhes ser assegurado o direito à defesa.

[19] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. 4ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento n.º 59628-8. Rel. Napoleão Tavares. Decisão unânime. Pernambuco, 30 ago 2001. DOE de 12 set. 2002, p. 05.Disponível a partir de: <http://tjpe.gov.br/cgi-bin/om_isapi.dll?> Acesso em :13 jul. 2006.





Argumenta-se, inclusive, que mesmo se o medicamento não tiver provas científicas de sua eficácia é possível exigir seu fornecimento pelo Estado, se os médicos entenderem que o novo tratamento é mais eficaz que os contidos na lista padronizada do Sistema Único de Saúde, que passa em média um ano para ser atualizada, enquanto que a ciência evolui constantemente, não sendo razoável esperar os trâmites burocráticos que são lentos e complicados. Mesmo porque, se os novos medicamentos foram indicados pelo médico deve-se supor que ele conheça os melhores remédios para a cura do seu paciente, sendo um absurdo uma sentença que viesse a prescrever tratamentos médicos, como pretende o poder público[20].

Enfim, a base desse entendimento é que a vida humana é um valor fundamental da própria pessoa e da sociedade, sendo sua proteção um primado a partir do qual os demais postulados de proteção jurídica se assentam.

## 4 CONCLUSÃO

A saúde é direito essencial do homem, sendo indispensável para a existência de uma vida digna. Nessa perspectiva, a Constituição Federal prevê que o Estado tem o dever de garantir a saúde à população. Porém, se o Executivo e o Legislativo não exercerem satisfatoriamente essa obrigação constitucional, o Judiciário poderá compeli-los a cumprir essa determinação?

[20] TURRA, Marcelo Dealtry; LOPES, Carlos Côrtes Vieira. Direito à saúde como direito de cidadania. Alguns aspectos práticos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 881, 1 dez. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7648>. Aceso em: 01 dez. 2005.

No caso referente ao abastecimento de medicamentos, vimos que na jurisprudência é pacífica a possibilidade do prejudicado interpor ação ordinária ou mandamental no intuito do juiz, ao analisar as especificidades do caso concreto, resolver a querela. Entretanto, se o meio utilizado for a ação civil pública, na qual a decisão que porventura o magistrado venha a tomar obrigue o Estado a fornecer os remédios a um número de pessoas que não podem ser previamente identificadas, a doutrina e a jurisprudência divergem.

De um lado, entende-se que essa medida consistiria numa usurpação de competência dos demais poderes, ferindo o princípio basilar da separação de funções, além de inviabilizar as finanças estatais que estão submetidas à previsão orçamentária, prejudicando, em última análise, toda a população.

Em contrapartida, aduz-se que a negação da ação civil pública nessas hipóteses seria uma afronta ao bem maior que existe, o direito à vida, não se podendo pensar em ditadura do Judiciário, nem em ofensa à divisão de atribuições, porque sua atuação só seria necessária, na medida em que os demais poderes descumprissem ou não exercessem satisfatoriamente seus deveres.

Outrossim, havendo colisão entre normas constitucionais de previsão orçamentária e concretização de direitos fundamentais, cabe ao juiz priorizar o direito fundamental dada a sua superioridade axiológica em relação à regra orçamentária.

Na realidade, o ideal seria que os recursos existentes fossem suficientes não só para fornecer os medicamentos que a população necessita, como também para atender todos os problemas sociais de nosso país, porém, não é isso que se verifica na conjuntura atual.





O primeiro posicionamento, apesar de reconhecer o direito individual de pleitear no Judiciário determinados medicamentos, esquece que a maioria da população brasileira é muito pobre, não tendo informações dos seus direitos, nem meios para fazer efetivá-los. É de conhecimento público que mesmo existindo a assistência judiciária muitas pessoas que procuram remédios nos postos de saúde retornam com a receita sem ter sido despachada, se conformando com seu 'destino', por desacreditarem numa possibilidade de mudança, seja por vontade política ou por determinação judicial.

Compreender que o Judiciário só poderia assegurar a distribuição de remédios quando avaliasse o caso concreto, seria excluir grande parcela da população necessitada, notadamente, os mais carentes, o que seria uma verdadeira violação ao princípio constitucional da igualdade e ao da própria moralidade administrativa.

Devemos observar, ainda, que não há ofensa nessa interpretação à discricionariedade administrativa, como mostraremos no exemplo a seguir. Se estivéssemos nos referindo a uma ação civil pública cujo objetivo fosse o desenvolvimento da cultura, o Judiciário não teria competência para estabelecer que o Governo realizasse uma vez por semana uma atividade de determinado tipo, em tal local, destinado a tantas pessoas.

Em se tratando de saúde, o Judiciário também não tem atribuição para escolher qual o laboratório irá fornecer o medicamento necessário ou qual o tipo de tratamento indicado para determinada doença, pois ele além de estar usurpando a função de outro Poder estará exercendo atividade médica.

Todavia, se restar comprovado – por atestados médicos – que o tratamento dos pacientes só produzirá efeito com certo princípio ativo apenas encontrado em alguns medicamen-



BIBLIOTECA D... ESMAPE

tos, ou que as pessoas não obtiverem o resultado esperado com a medicação fornecida pela Secretaria da Saúde, o Judiciário estará apenas suprindo a obrigação do Estado em preservar a vida, pois nessas hipóteses não há que se falar em discricionariedade do administrador.

Nesse aspecto, é importante distinguir o direito à vida e o direito à saúde, ambos correlatos e assegurados constitucionalmente. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos porque ele é imprescindível para o exercício de todos os demais. Entretanto, não basta apenas continuar vivo, pois cabe ao Estado assegurar uma vida honrada a toda população em razão de não se poder pensar em uma vida digna sem que se seja saudável.

Logo, o fato do Executivo disponibilizar substância similar ou dos medicamentos requeridos na ação civil pública não terem eficácia comprovada não devem intimidar o magistrado. Se os médicos que acompanham não só a evolução da doença, como também, os possíveis meios de cura e/ou diminuição de seus efeitos adversos entendem que, mesmo de uma forma experimental, certo medicamento pode vir a melhorar a situação dos pacientes, o juiz não tem competência para contrariar essa prescrição.

Imaginemos que um grupo de pessoas não conseguiu o resultado almejado com o remédio fornecido pelo SUS, afinal, é sabido que existem substâncias que produzem efeitos em algumas pessoas e em outras encontram algum tipo de resistência ou rejeição do próprio organismo. Os testes do medicamento que poderia solucionar essa questão não foram concluídos, mas um dado é certo: os remédios que são proporcionados pelo Estado não resolveram e/ou minoraram o problema. É justo negar a essas pessoas a possibilidade de diminuírem seu sofrimento?





A ação civil pública deve ser admitida para assegurar à população carente os meios indispensáveis a uma vida digna, não podendo o magistrado se esquivar de sua missão, devendo conceder a liminar pleiteada e julgar procedente o pedido.

O importante, como já salientado, é procurar por todos os meios possíveis garantir o fornecimento de medicamentos necessários à população, a fim de preservar a vida e a saúde, condições essenciais para fazer cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana e, desse modo, efetivar a Justiça, objetivo maior do Direito.

## REFERÊNCIAS

BRASIL Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, p. 05 out.1988.

BRASIL. Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde – NOB -SUS n.º 01/96, de 05 nov. 1996. Brasília, p. 06, nov. 1996.

BRASIL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Presidência, Suspensão de Tutela Antecipada n.º 59-SC, Relator: Ministro Nilson Naves. Decisão monocrática. Brasília, j. 30 dez. 2003. **DJ** 02 fev. 2004. Disponível a partir de: <http:// cjf.gov.br/cjf/resultado.jsp?> Acesso em 06 jul. 2006.

BRASIL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Corte Especial, Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 293407-SP, Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Decisão unânime. Brasília, j. 07 jun. 2006. **DJ** 01 ago. 2006, p 327. Disponível a partir de: <http:// www.stj.gov.br/SCON/ jurisprudencia/doc.jsp?> Acesso em 22 set. 2006.

BRASIL TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Pleno. Relatório de Auditoria de Natureza Operacional n.º 1673-2004. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Decisão unânime. Brasília, 27 out. 2004. **DOU** 12 nov. 2004. Disponível a partir de: <https:// contas.tcu.gov.br/portaltextual/pesquisaformulario?cmb>. Acesso em: 06 jul. 2006.

BRASIL.TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 2ª REGIÃO, 2ª Turma, Apelação Cível n.º 302546-RJ. Relator: Valmir Peçanha. Decisão unânime. Rio de Janeiro, j. 10 mar. 2003. **DJU** 04 nov. 2003, p. 86. Disponível a partir de: <http://www2.trf2.gov.br/NXT/gateway.dlll?>Acesso em 13 jul. 2005.

BRASIL.TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 4ª REGIÃO, 4ª Turma, Agravo de Instrumento n.º - SC. Relator: Cláudia Cristina Cristofani. Decisão unânime. Porto Alegre, j. 04 ago. 2004. **DJU** 01 set. 2004, p. 691. Disponível a partir de: http://cjf.gov.br/cjf/resultado. jsp? Acesso em 23 set. 2005.

FRONTINI, Paulo Salvador. Ação civil pública e a separação dos poderes do estado. *In*:ARÉ, Edis. (Coord.) **Ação civil pública:** Lei 7.347/85 - 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 713-752.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública:** em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** São Paulo: Saraiva, 2002.





NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Saúde, medicamentos, desenvolvimento social e princípios orçamentários . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 542, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6127>. Acesso em: 26 jun. 2006.

PERNAMBUCO, Constituição . **Constituição do Estado de Pernambuco**. Pernambuco, p. 05 out. 1989.

ROCHA, Ibraim José das Mercês. Contraditório e coisa julgada em sede de tutela de interesses metaindividuais. Uma Leitura sobre o prisma das curvaturas. **Jus Navigandi**, Teresina, a.5, n.51, out. 2001. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id= 2084>. Acesso em: 23 ago. 2005.

SANTOS, Lenir. Saúde: conceito e atribuições do Sistema Único de Saúde. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 821, 2 out. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7378>. Acesso em: 26 jun. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.

_____. Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004.

SCHWARTZ, Germano André DoederLein. **Direito à saúde:** efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PERNAMBUCO.TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Presidência. Pedido de Suspensão de Liminar n.º 128.332-7. Rel. Macêdo Malta. Decisão monocrática. Pernambuco, 24 jan 2006. **DOE** 10 de fev 2006, p. 05.Disponível a partir de: <http://tjpe.gov.br/cgi-bin/om_isapi.dll?> Acesso em: 13 jul. 2006.

PERNAMBUCO.TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 8ª Câmara Cível. Agravo Regimental n.º 118.445-6/06. Rel. Jones Figueiredo. Decisão unânime. Pernambuco, 28 jan 2005. **DOE** 14 fev 2005, p. 07.Disponível a partir de: <http://tjpe.gov.br/cgi-bin/om_isapi.dll?> Acesso em: 13 jul. 2006.

PERNAMBUCO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento n.º 59628-8. Rel. Napoleão Tavares. Decisão unânime. Pernambuco, 30 ago 2001. **DOE** 12 set. 2002, p. 05.Disponível a partir de: <http://tjpe.gov.br/cgi-bin/om_isapi.dll?> Acesso em 13 jul. 2006.

TURRA, Marcelo Dealtry; LOPES, Carlos Côrtes Vieira. Direito à saúde como direito de cidadania. Alguns aspectos práticos. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 881, 1 dez. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7648>. Aceso em: 01 dez. 2005.

VIGLIAR, José Marcelos Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? MILARÉ, Edis. (Coord.) **Ação civil pública:** Lei 7.347/85 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.p. 441-457.



BIBLIOTECA D. ESMAPE

# COMENTÁRIOS AO *CAPUT* DO NOVO ART. 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

***Mário Henrique Cavalcanti Gil Rodrigues***
Advogado da União. Ex-aluno do Curso de Preparação à Magistratura da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Já exerceu a advocacia privada. Ex-Procurador do Estado de Roraima.

**SUMÁRIO**

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES. 2 FORMAS DE LIQUIDAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 3 O PRAZO DE 15 DIAS PARA PAGAMENTO. 3.1 Incidência da multa. 3.2 Honorários advocatícios. 3.3 Natureza jurídica da multa. 3.4 Termo inicial do prazo de 15 dias. 4 REQUERIMENTO DO CREDOR E REALIZAÇÃO DA PENHORA E DA AVALIAÇÃO. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS. BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA.

## 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A insuficiência do aparelhamento forense e a deficiência do direito processual enquanto instrumento vinculado ao direito material é uma realidade no Brasil. A execução nos moldes da redação originária do Código de Processo Civil de 1973, por exemplo, beneficia o réu desprovido de razão em

PERNAMBUCO.TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Presidência. Pedido de Suspensão de Liminar n.º 128.332-7. Rel. Macêdo Malta. Decisão monocrática. Pernambuco, 24 jan 2006. **DOE** 10 de fev 2006, p. 05.Disponível a partir de: <http://tjpe.gov.br/cgi-bin/om_isapi.dll?> Acesso em: 13 jul. 2006.

PERNAMBUCO.TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 8ª Câmara Cível. Agravo Regimental n.º 118.445-6/06. Rel. Jones Figueiredo. Decisão unânime. Pernambuco, 28 jan 2005. **DOE** 14 fev 2005, p. 07.Disponível a partir de: <http://tjpe.gov.br/cgi-bin/om_isapi.dll?> Acesso em: 13 jul. 2006.

PERNAMBUCO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento n.º 59628-8. Rel. Napoleão Tavares. Decisão unânime. Pernambuco, 30 ago 2001. **DOE** 12 set. 2002, p. 05.Disponível a partir de: <http://tjpe.gov.br/cgi-bin/om_isapi.dll?> Acesso em 13 jul. 2006.

TURRA, Marcelo Dealtry; LOPES, Carlos Côrtes Vieira. Direito à saúde como direito de cidadania. Alguns aspectos práticos. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 881, 1 dez. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7648>. Aceso em: 01 dez. 2005.

VIGLIAR, José Marcelos Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? MILARÉ, Edis. (Coord.) **Ação civil pública:** Lei 7.347/85 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.p. 441-457.



# COMENTÁRIOS AO *CAPUT* DO NOVO ART. 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

***Mário Henrique Cavalcanti Gil Rodrigues***
Advogado da União. Ex-aluno do Curso de Preparação à Magistratura da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Já exerceu a advocacia privada. Ex-Procurador do Estado de Roraima.

**SUMÁRIO**

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES. 2 FORMAS DE LIQUIDAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 3 O PRAZO DE 15 DIAS PARA PAGAMENTO. 3.1 Incidência da multa. 3.2 Honorários advocatícios. 3.3 Natureza jurídica da multa. 3.4 Termo inicial do prazo de 15 dias. 4 REQUERIMENTO DO CREDOR E REALIZAÇÃO DA PENHORA E DA AVALIAÇÃO. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS. BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA.

## 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A insuficiência do aparelhamento forense e a deficiência do direito processual enquanto instrumento vinculado ao direito material é uma realidade no Brasil. A execução nos moldes da redação originária do Código de Processo Civil de 1973, por exemplo, beneficia o réu desprovido de razão em

detrimento do autor. Existem problemas não apenas legais, mas também estruturais, políticos, financeiros, sociais etc. Todo o contexto se consubstancia em um impasse hábil a afetar a vida de toda a sociedade, sem exceção.

Com o escopo de amenizar a situação, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, assim prescrito: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Dentro destes critérios de razoabilidade e celeridade constitucionalmente previstos, passou a ser necessária a instituição de mecanismos tendentes a assegurar uma prestação jurisdicional substancialmente mais eficaz, com um intervalo mais curto entre a propositura da demanda e a realização do direito eventualmente existente.

Com este propósito, foram editados alguns instrumentos legislativos entre outubro de 2005 e dezembro de 2006.

Especificamente em relação ao processo de execução, devemos registrar o fato de o Instituto Brasileiro de Direito Processual ter engendrado dois esboços com a finalidade de reformulá-lo, sob a coordenação final dos eminentes Athos Gusmão Carneiro, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Petrônio Calmon Filho.

Um trata dos títulos extrajudiciais, recebeu o nº 4.497/2004 na Câmara dos Deputados e o nº 51/2006 no Senado Federal. Neste, o relator *ad hoc* na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) ofereceu parecer favorável em 08/11/2006, com as Emendas 1-CCJ a 21-CCJ. Ocasionou a Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

O outro se referia aos títulos judiciais, possuía o nº 3.253/2004 na Câmara dos Deputados e o nº 52/2004 no Senado Federal. Originou a Lei nº 11.232, publicada em 22 de dezembro de 2005, em vigor no ordenamento jurídico





brasileiro desde 23 de junho de 2006, com destaque para o art. 475-J por ela instituído, coração da reforma e motivo do estudo atualmente desenvolvido.

Ademais, também precisamos informar que serão atualizadas a execução fiscal e a execução contra a Fazenda Pública. Relativamente a esta, já existem propostas a serem apreciadas, com o propósito imediato de se transformarem em outro projeto de lei e o evidente objetivo mediato de se converterem em norma legal.

Proferidas essas considerações, podemos acrescentar que a Lei nº 11.232/2005 introduziu o Capítulo X no Título VIII do Livro I do CPC, intitulado "Do cumprimento da sentença". Esta novel parte é composta pelos arts. 475-I a 475-R.

Eles disciplinam a execução relativa à obrigação por quantia certa apenas, de acordo com o disposto no art. 475-I. Este preceito e o art. 475-J se notabilizam por serem as reais novidades implantadas no referido capítulo X.

Com efeito, dispõe o art. 475-J: "Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o 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".

Sua primeira grande modificação reside na reunião dos processos de conhecimento e de execução. Esta alteração vem a reparar uma antiga imperfeição existente no sistema processual brasileiro. Assim,

> [...] mesmo antes da Reforma ora comentada, a execução da decisão que antecipa efeitos da tutela realiza-se no mesmo processo em que a decisão foi proferida. Assim, nos casos em que se antecipavam efeitos da tutela em ação condenatória, tinha-se que, não obstante a liminar

> fosse executada no mesmo processo, a sentença que a confirmasse teria de ser executada em processo de execução, o que implicava em flagrante contra-senso (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2006, p. 143).

Realmente, não havia mais como manter uma separação procedimental entre o reconhecimento e a realização do direito, do ponto de vista da eficaz operacionalização da jurisdição. O processo é um instrumento a serviço do direito substancial e não pode criar embaraços à concretização deste.

Com a convergência entre a cognição e a execução, atenuam-se paulatinamente os princípios da autonomia e da tipicidade das medidas executivas originariamente aplicados ao Código de Processo Civil de 1973. Isso porque, mesmo antes da atual reforma, as ações executivas *lato sensu* já se constituíam em exceções à autonomia.

O art. 475-J constitui o âmago de toda a nova etapa da reforma do Código de Processo Civil Brasileiro. Por esta razão e sem pretensão de esgotamento, estudaremos o seu *caput* de maneira pormenorizada.

**Quanto à necessidade do trânsito em julgado da condenação** a que se refere o mencionado *caput* deste dispositivo legal, aduza-se que, nos termos do art. 475-O do CPC, aplicam-se as normas da execução definitiva à execução provisória, sempre que possível, e esta só pode ocorrer enquanto não houver passado em julgado o mencionado *decisum* de mérito.

Desse modo, o art. 475-J pode e deve ser aplicado também à execução provisória. Entretanto, neste caso, não é possível a imposição da multa de 10% (dez por cento), a qual não pode ser reclamada pelo credor.

Definitivamente, ela se constitui em montante que não pode ter cabimento nos casos de execução provisória, porque esta tem seu início atrelado à solicitação do credor, de acordo com sua opção e sob sua responsabilidade.





**Já o aludido pagamento por quantia certa** é a entrega definitiva de determinado valor em dinheiro (trata-se de retribuição monetária). É a modalidade de prestação com maior incidência no cotidiano, superando as demais previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

O conhecimento de seu conceito se faz necessário devido à redação do *caput* do art. 475-J (objeto em apreço neste trabalho) – e também por causa do *caput* do art. 475-I, no tocante às obrigações por quantia certa – do Código de Processo Civil.

## 2 FORMAS DE LIQUIDAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Lei nº 11.232/2005 revogou expressamente os arts. 603, 604, 607, 608, 609 e 610 do CPC, e instituiu, em seu art. 3º, o Capítulo IX no Título VIII do Livro I do diploma processual civil, denominado "Da liquidação de sentença", formado pelos arts. 475-A a 475-H.

A liquidação deve ser realizada quando a sentença não estipular o valor devido. Com a recente alteração legal, ela deixou de ser processo autônomo e passou a ser um simples incidente processual. A decisão final nela decretada é interlocutória, desafiada pelo agravo de instrumento, nos termos do art. 475-H do CPC.

Não obstante o corrente esboço tratar da apreciação do art. 475-J do CPC, é fundamental tecermos breves observações sobre as espécies de liquidação previstas no sistema pátrio para propiciar uma melhor compreensão daquele novo dispositivo legal.

As modalidades de liquidação são: por cálculo do credor (art.475-B), por arbitramento (art. 475-C) e por artigos (art.475-E). A primeira não dá ensejo a incidente prévio à execução (por isso não é liquidação propriamente dita, *stricto sensu*,

> fosse executada no mesmo processo, a sentença que a confirmasse teria de ser executada em processo de execução, o que implicava em flagrante contra-senso (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2006, p. 143).

Realmente, não havia mais como manter uma separação procedimental entre o reconhecimento e a realização do direito, do ponto de vista da eficaz operacionalização da jurisdição. O processo é um instrumento a serviço do direito substancial e não pode criar embaraços à concretização deste.

Com a convergência entre a cognição e a execução, atenuam-se paulatinamente os princípios da autonomia e da tipicidade das medidas executivas originariamente aplicados ao Código de Processo Civil de 1973. Isso porque, mesmo antes da atual reforma, as ações executivas *lato sensu* já se constituíam em exceções à autonomia.

O art. 475-J constitui o âmago de toda a nova etapa da reforma do Código de Processo Civil Brasileiro. Por esta razão e sem pretensão de esgotamento, estudaremos o seu *caput* de maneira pormenorizada.

**Quanto à necessidade do trânsito em julgado da condenação** a que se refere o mencionado *caput* deste dispositivo legal, aduza-se que, nos termos do art. 475-O do CPC, aplicam-se as normas da execução definitiva à execução provisória, sempre que possível, e esta só pode ocorrer enquanto não houver passado em julgado o mencionado *decisum* de mérito.

Desse modo, o art. 475-J pode e deve ser aplicado também à execução provisória. Entretanto, neste caso, não é possível a imposição da multa de 10% (dez por cento), a qual não pode ser reclamada pelo credor.

Definitivamente, ela se constitui em montante que não pode ter cabimento nos casos de execução provisória, porque esta tem seu início atrelado à solicitação do credor, de acordo com sua opção e sob sua responsabilidade.





**Já o aludido pagamento por quantia certa** é a entrega definitiva de determinado valor em dinheiro (trata-se de retribuição monetária). É a modalidade de prestação com maior incidência no cotidiano, superando as demais previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

O conhecimento de seu conceito se faz necessário devido à redação do *caput* do art. 475-J (objeto em apreço neste trabalho) – e também por causa do *caput* do art. 475-I, no tocante às obrigações por quantia certa – do Código de Processo Civil.

## 2 FORMAS DE LIQUIDAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Lei nº 11.232/2005 revogou expressamente os arts. 603, 604, 607, 608, 609 e 610 do CPC, e instituiu, em seu art. 3º, o Capítulo IX no Título VIII do Livro I do diploma processual civil, denominado "Da liquidação de sentença", formado pelos arts. 475-A a 475-H.

A liquidação deve ser realizada quando a sentença não estipular o valor devido. Com a recente alteração legal, ela deixou de ser processo autônomo e passou a ser um simples incidente processual. A decisão final nela decretada é interlocutória, desafiada pelo agravo de instrumento, nos termos do art. 475-H do CPC.

Não obstante o corrente esboço tratar da apreciação do art. 475-J do CPC, é fundamental tecermos breves observações sobre as espécies de liquidação previstas no sistema pátrio para propiciar uma melhor compreensão daquele novo dispositivo legal.

As modalidades de liquidação são: por cálculo do credor (art.475-B), por arbitramento (art. 475-C) e por artigos (art.475-E). A primeira não dá ensejo a incidente prévio à execução (por isso não é liquidação propriamente dita, *stricto sensu*,

desde 1994). Já as espécies "por arbitramento" e "por artigos", ao contrário, ocasionam incidente prévio à etapa de cumprimento da sentença e se materializam mediante ação de liquidação.

**A liquidação por cálculo do credor**, agora prevista no art. 475-B, sucedeu a ultrapassada e vagarosa liquidação por cálculo do contador. Dar-se-á quando o montante da condenação se encontrar na exclusiva dependência de cálculo aritmético. Não necessita de qualquer apuração sobre fatos discutíveis.

Exemplo é a condenação ao pagamento de R$ 10.000,00 mais a taxa referencial (TR) do mês de junho, no percentual de 2,5%. Assim, o valor da obrigação é de R$ 10.250,00.

Na verdade, rigorosamente e tecnicamente falando, a necessidade de efetivação de simples cálculos aritméticos não dá ensejo a uma liquidação propriamente dita, o que não nos impede de usar esta terminologia para efeitos didáticos, e também por força da tradição.

**A liquidação por arbitramento**, atualmente disposta no art. 475-C, ocorre quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação. Possui uma estreita ligação com a prova pericial.

Em caso de determinação do arbitramento pelo comando sentencial, quando houver o trânsito em julgado da respectiva sentença, o juiz da execução – hoje chamada de etapa executiva – ficará sujeito a esta espécie liquidatória na hipótese de apelação interposta somente pelo demandado, não podendo o órgão colegiado de segunda instância proceder à fixação do valor ainda na fase cognitiva, de acordo com entendimento jurisprudencial, conforme se deduz pelo teor da seguinte decisão:

> Indenização por dano moral. Liquidação por arbitramento. Adstrição do juiz ao pedido da parte. Julgamento *extra petita*. Se o autor demandou o réu por indenização apurável em liquidação por arbitramento, e se a sentença, ao julgar procedente a ação, assim o determinou, dela apelando somente o réu, ao órgão julgador de segundo grau era defeso fixar desde logo o valor da indenização. "*Sententia debet esse conformis libello*" (REsp 41509/MA, 3ª T., Rel. Min. Nilson Naves, DJ 13/06/1994).





Na hipótese de o magistrado nada estabelecer, as partes podem convencionar o arbitramento, previamente ou incidentalmente, desde que não haja necessidade de alegação e prova de fato novo.

Também, esta modalidade terá lugar quando for imprescindível pela natureza do objeto da liquidação. Como exemplos, podem ser relacionados o pagamento dos lucros cessantes, da desvalorização de veículos em decorrência de acidentes, do preço de um cavalo, etc.

> Não basta que haja simples referência aos elementos do reconhecimento da obrigação nos autos para se justificar o arbitramento. É preciso que a sentença, explícita ou implicitamente, na sua parte dispositiva, os tenha considerado. Na fundamentação da sentença, por exemplo, pode o juiz fazer remissão, até em caráter concreto, a possíveis danos que a parte teria sofrido. Contudo, se, na sentença, não foi expresso sobre eles, limitando-se a estabelecer indenização por prejuízos sofridos, de forma tal que o preceito deixe duvidosa a determinação do objeto, a liquidação não se deve fazer por arbitramento, mas por artigos (art.475-E). Em determinada decisão reconheceu-se a obrigação de o réu indenizar danos causados, em razão da ruptura culposa de uma represa. Na fundamentação, a sentença faz alusão a construções e plantações que teriam sido destruídas, sem, no entanto, delimi-

> tar, com precisão, a extensão do objeto, falando também genericamente, na parte dispositiva; não se permite o arbitramento (FIDÉLIS DOS SANTOS, 2006, p. 20).

**A liquidação por artigos**, hoje estabelecida no art. 475-E, se aplica obrigatoriamente na hipótese de existir necessidade de alegar e provar fato novo, independentemente da natureza da obrigação. Fato novo "[...] é aquele evento ou ocorrência ainda não verificado, dentro do processo, quer por inexistir quando da instauração do mesmo (fato novo superveniente ao processo) quer por não ter sido objeto de alegação, discussão e prova dentro do processo (aqui a novidade decorre da não alegação, discussão e prova, embora o fato não seja necessariamente novo, quanto à sua existência)" (ARRUDA, 1981, p. 99).

Para um fato poder ser reputado como "novo", de acordo com a tendência doutrinária mais recente, não se deve levar em conta o instante em que ele surge no mundo dos fatos, mas o momento em que ele é levado ao processo.

Desse modo, é considerado fato novo, dando ensejo à liquidação por artigos, aquele despontado anteriormente à propositura da ação, mas não suscitado nela; aquele ocorrido durante a lide condenatória, mas que nela não tenha sido relatado; até mesmo aquele surgido após a sentença condenatória, seja antes ou depois do ajuizamento da fase de liquidação (FREITAS CÂMARA, 2004, p. 233/234).

Podem ser citados como exemplos de liquidação por artigos: condenação à entrega de coisas fungíveis, sem especificação de quantidade e qualidade; *quantum* dos danos ocasionados por crimes, em decorrência de sentenças penais condenatórias.

## 3 O PRAZO DE 15 DIAS PARA PAGAMENTO

Uma grande inovação do art. 475-J do CPC é a estipulação do prazo de 15 (quinze) dias para o devedor consumar o





adimplemento de sua dívida, após a condenação ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, sob pena da adição de multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação e de se encetarem as determinações delineadas no *caput* e nos parágrafos da supracitada norma legal.

Dessa maneira, o executado tem a obrigação de quitar seu débito, não mais sendo intimado para a efetivação do pagamento ou da nomeação de bens à penhora.

O magistrado, ao reconhecer judicialmente o débito de alguém perante outrem, está, ao mesmo tempo e implicitamente, a ordenar a entrega da importância referida no julgamento. A sentença passou a se constituir em um mandamento, e não mais uma mera declaração de dívida. Neste sentido, as palavras de Cássio Scarpinella Bueno (2006, p. 72/73, grifos do autor): "não me parece despropositado, muito pelo contrário, que se entenda que há uma *ordem* contida, embutida mesmo, no *reconhecimento* (declaração) judicial de que alguém deve alguma prestação a outrem. [...] é mais do que hora que entendamos, todos, que o juiz *manda* quando decide; não *pede*, nem *faculta* nada".

Antes, o procedimento para adimplemento voluntário da dívida pelo devedor se perfazia conforme o disposto no art. 570 do CPC. Hoje, com a Lei nº 11.232/05, este pagamento foi bastante simplificado. Incumbe – e basta – a ele oferecer a quantia ao credor, sem a necessidade de intermediários, e a este emitir a quitação, a qual será colacionada aos autos. Se preferir, pode depositar em juízo o valor do débito, e, assim, o juiz extinguirá a dívida. Dito de outro modo e de forma mais minuciosa relativamente ao procedimento, tem-se a seguinte exposição:

> não se cuida no novo art. 475-J da formalização necessária da prova de pagamento ao credor, de modo que seja empecilho ao prosseguimento do processo na fase

executória. O meio mais eficaz será, naturalmente, o depósito pelo devedor, mas se o credor o recusar, não ficará impedido de requerer a execução, fundamentadamente, pelo restante, com a possibilidade de levantamento da parte depositada. O juiz, neste caso, poderá antecipar o julgamento e julgar extinto o processo, reconhecendo a validade do pagamento. Porém, na dúvida, defere a execução pelo restante, determina a penhora e oferece oportunidade para impugnação, após o que, com ela ou sem ela, decide. Se a diferença, contudo, for pequena, o juiz, atendendo ao princípio da razoabilidade, poderá, certamente, dispensar a penhora e julgar conforme lhe parecer de direito. O pagamento direto ao credor impede a execução, mas a prova deverá vir aos autos, inclusive para a extinção do processo. Neste caso, sendo de acatar-se a informação precisa do credor, o que ocorrerá com mais freqüência é que o devedor, pagando diretamente ao credor, colherá recibo circunstanciado e o juntará aos autos. Se não o fizer, corre o risco de se sujeitar à execução, com penhora necessária, para poder defender-se, impugnando com base no art. 475-L, VI (FIDÉLIS DOS SANTOS, 2006, p. 56/57).

## 3.1 Incidência da multa

O simples fato de o art. 475-J estipular a multa de 10% (dez por cento) para o caso de descumprimento da decisão judicial transitada em julgado, no prazo de 15 dias, estimulará os devedores à realização das obrigações de maneira voluntária.

Em outras palavras, ou o demandado paga no interregno acima aludido ou será compelido a solver o valor devido com adendo de 10% (dez por cento). Por outro lado, pode ocorrer de o inadimplente não dispor de qualquer condição para quitação do débito ou de não ser razoável esta exigência no tempo supra-referido, quando será inaplicável a multa, por absoluta inexigibilidade de cumprimento da sentença.





É conveniente rememorarmos que se trata de raciocínio análogo ao infligido para a execução de prestação alimentícia, onde o executado pode rechaçar a prisão civil ante a impossibilidade de efetuar o pagamento, consoante o art. 733 do CPC.

Entretanto, este caso específico de uso de medida coercitiva era exceção no ordenamento jurídico nacional. Com o advento do art. 475-J, o emprego da coerção se generalizou nas hipóteses de pagamento por quantia certa.

Após os 15 (quinze) dias, a multa sobrevém de imediato, independentemente de qualquer manifestação das partes ou do magistrado. Destarte, será incluída na planilha constante do requerimento executivo.

> A norma do art. 475-J do CPC impõe, de modo taxativo, a incidência da multa no caso de descumprimento da condenação, não podendo o juiz optar entre esta ou outra medida coercitiva. Incide, no caso, o *princípio da tipicidade das medidas executivas*, segundo o qual é a norma jurídica, e não o juiz, que estabelece *quais* as medidas executivas que devem incidir no caso, bem como o *modo* de atuação de tais medidas. [...] Aqui, as coisas se passam de modo diverso do que ocorre no caso do art. 461, §§ 5º e 6º, em que o juiz pode impor a multa *ex officio*, em periodicidade e valor a serem por ele arbitrados, valor este que poderá ser alterado, se se entender que a multa é insuficiente ou excessiva. Neste caso, opera o princípio da *atipicidade* das medidas executivas (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2006, p. 144/145, grifos do autor).



BIBLIOTECA

Nada impede a redução de sua importância mediante ajuste entre as partes, por se tratar de direito disponível.

O favorecido pela multa de 10% sobre a importância da condenação deverá ser o credor, enquanto o responsável pelo pagamento será a pessoa, física ou jurídica, considerada devedora pelo título executivo.

Sem sombra de dúvidas, esta mudança – inédita, nos termos em que instituída, no sistema brasileiro – acarretará uma substancial quantidade de pagamentos concretizados por devedores receosos da obrigação de adimplir suas dívidas com o acréscimo da referida multa legal (de dez por cento). Só o tempo dirá o grau de eficiência da recente norma no mundo dos fatos.

Com o mesmo pensamento relativo ao considerável aumento do número de quitações voluntárias em decorrência da nova regra legal, mas com entendimento antagônico ao adotado pelo art. 475-J no tocante à maneira ideal de incentivar o devedor a tanto, temos a lição de Araken de Assis (2006, p. 213): "O objetivo da multa pecuniária consiste em tornar vantajoso o cumprimento espontâneo e, na contrapartida, onerosa a execução para o devedor recalcitrante. Só o tempo ministrará subsídios que permitam avaliar o êxito da providência. À primeira vista, pareceria mais conveniente conceder um incentivo econômico ao devedor, como sucede na ação monitória".

Do mesmo modo, entende Alexandre Freitas Câmara (2007, p. 116/117) de forma discordante do legislador da presente reforma em relação ao melhor caminho a ser utilizado para impelir o inadimplente a acatar o comando judicial no prazo de 15 dias, nos seguintes termos:

> Mais uma vez foi tímido o legislador. Essa multa de dez por cento só fará sofrer a classe média e a pequena empresa. Para os mais necessitados economicamente, que já cumpririam suas obrigações com muita dificuldade, um aumento de dez por cento sobre o valor do débito dificilmente assustará (afinal, quem já não tem como pagar o principal, certamente não terá como pagar o valor acrescido da multa). No extremo oposto, os economicamente poderosos certamente são capazes de pagar o que devem, e o fato de se submeterem a uma multa de dez por cento não os inibirá na sua busca por procrastinar a satisfação do crédito. Para uma pessoa de classe média, porém, ou para uma pequena empresa, esses dez por cento podem fazer muita diferença. A meu juízo, deveria o legislador ter previsto, aqui, a fixação de *astreintes*, com a multa diária atuando como mecanismo coercitivo sobre o devedor. Mais uma vez, porém, é preciso curvar-se à opção do legislador, ainda que com ela não se concorde.





Não custa lembrar: no caso da ação monitória, se o réu cumprir o mandado de pagamento ou de entrega de coisa no prazo de 15 (quinze) dias estipulado pelo art. 1.102-B, ficará isento de custas processuais e honorários advocatícios, conforme disposto no art. 1.102-C, § 1º.

Louvamos a iniciativa do legislador de 1995 quanto à instituição deste dispositivo no Código de Processo Civil Brasileiro, o que, aliás, trouxe comprovados benefícios à celeridade, à eficácia e à justiça.

No entanto, discordamos dos apurados posicionamentos acima expostos pelos refinados mestres quanto ao mecanismo mais eficaz de encorajar o obrigado ao pagamento da quantia por ele devida. Entendemos que o melhor meio de estimulá-lo ao adimplemento se dá mediante a majoração de seu débito, consoante implantado pelas recentes modificações legais decorrentes da Lei nº 11.232/2005, concernentes ao cumprimento da sentença, e não por intermédio da economia de despesas, opção da Lei nº 9.079/1995, referente à ação monitória.

Ressalte-se o fato de o *caput* do art. 475-J mencionar a incidência da multa sobre o montante da **condenação** e não sobre o *quantum* da **obrigação**. Logo, acreditamos que a jurisprudência deverá – com toda a razão – se firmar no sentido de a multa recair sobre todo o valor a ser pago pelo devedor (obrigação, correção monetária, custas etc.).

O cômputo da quantia devida será realizado pelo credor, no requerimento consignado na norma acima, em consonância com o art. 614, II, do CPC.

### 3.2 Honorários advocatícios

Questão interessante é a respeitante à possibilidade de incidência de honorários advocatícios na fase de cumprimento da sentença, os quais seriam agregados àqueles determinados na condenação. Cuida-se de mais um assunto a ensejar o aguardado posicionamento dos tribunais pátrios.

Em sede doutrinária, o eminente jurista Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 139/140) defende a sua inadmissibilidade, basicamente por não mais existir um processo autônomo de execução e pelo fato de a atual impugnação ser julgada por decisão interlocutória, não adequada à aplicação da sucumbência prevista no art. 20 do CPC, nos termos abaixo:

> As despesas processuais do cumprimento da sentença, naturalmente, correm por conta do executado, como consectário do inadimplemento. Não há, porém, como imputar-lhe nova verba advocatícia, uma vez que não há mais uma ação distinta para executar a sentença. Tudo se passa sumariamente como simples fase do próprio procedimento condenatório. E, sendo mero estágio do processo já existente, não se lhe aplica a sanção do art. 20, mesmo quando se verifique o incidente da impugnação (art. 475-L). Sujeita-se este a mera decisão interlocutória (art. 475-M, § 3º), situação a que não se amolda a regra sucumbencial do art. 20, cuja aplicação sempre pressupõe sentença. [...] No sistema, porém, do título judicial, o cumprimento (execução) da condenação não mais se faz por ação, mas por simples incidente do próprio processo em que a sentença foi prolatada. Não há mais duas ações para justificar duas imposições de verba advocatícia.





No mesmo sentido, o pensamento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (1999, p. 433): "somente em ação judicial são devidos honorários de advogado. Estão aqui compreendidas a ação principal (de conhecimento, de execução, cautelar, mandamental) e as ações secundárias, como por exemplo a denunciação da lide, o chamamento ao processo, a oposição, os embargos do devedor, os embargos de terceiro, a reconvenção, a ação declaratória incidental etc".

Contudo, *data venia*, em nossa opinião a concepção acima não pode prosperar. Deve ser consolidado o entendimento segundo o qual são cabíveis os honorários advocatícios na mencionada fase procedimental, desde que se refiram aos atos executivos iniciados após o escoamento do prazo de quinze dias fixado para pagamento voluntário pelo devedor, e este não o tenha efetuado.

> Não impressiona o argumento de que o art. 20, § 4º, do CPC não poderia incidir na hipótese por não se ter aí um processo executivo autônomo, mas mera continuação do mesmo processo em que se proferiu a sentença. A idéia de que havendo um só processo só pode haver uma fixação de verba honorária foi construída em uma época em que o Código de Processo Civil albergava o modelo liebmaniano da separação entre o processo de conhecimento e o processo executivo, e não pode simplesmente

> ser transplantada para os dias atuais como se nada tivesse mudado no CPC (FREITAS CÂMARA, 2007, p. 123).

Com efeito, pensamos que a mera transmudação da natureza da execução – de processo autônomo para uma simples etapa do processo de conhecimento – não deve ter o condão de alterar a disciplina respeitante à sucumbência.

De início, porque a opinião anteriormente exposta por Humberto Theodoro Júnior esbarra na exegese literal do art. 20, § 4º, e na interpretação teleológica do art. 475-J, *caput*, ambos do CPC.

A literalidade do primeiro dispositivo acima autoriza a estipulação de verba advocatícia "nas execuções", de modo genérico, e não "nos processos de execução", de maneira específica.

Em outras palavras, não há a exigência de um processo autônomo executivo para efeito de ser permitida a aludida fixação, e o novo art. 475-I dispõe que o cumprimento de sentença se fará "por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo", não deixando qualquer dúvida quanto ao fato de a nova fase do processo de conhecimento se tratar de uma execução.

Já a previsão da multa de 10% (dez por cento) sobre o montante da condenação, no art. 475-J, tem o escopo de estimular os devedores ao pagamento voluntário do valor da obrigação dentro do prazo de 15 dias, em caráter flagrantemente coercitivo.

Lado outro, se for adotada a corrente segundo a qual não são cabíveis os honorários na fase de cumprimento da sentença, restará reflexamente prejudicada a referida natureza coercitiva da mencionada multa, tendo em vista que o legislador, conquanto a tenha criado, haverá suprimido a verba honorária, normalmente determinada em semelhante percentual. Por conseguinte, caracterizar-se-á ofensa à finalidade do supracitado preceito legal.





> É omissa a disciplina do "cumprimento da sentença" acerca do cabimento dos honorários advocatícios. No entanto, **harmoniza-se com o espírito da reforma, e, principalmente, com a onerosidade superveniente do processo para o condenado que não solve a dívida no prazo de espera de quinze dias** – razão pela qual suportará, a título de pena, a multa de 10% (art. 475-J, *caput*) –, a fixação de honorários em favor do exeqüente, senão no ato que deferir a execução, no mínimo na oportunidade do levantamento do dinheiro penhorado ou do produto da alienação dos bens. [...] E continua em vigor o art. 710: retornam as sobras ao executado somente após a satisfação do principal, dos juros, da correção, das despesas processuais e **dos honorários advocatícios**. Do contrário, embora seja prematuro apontar o beneficiado com a reforma, já se poderia localizar o notório perdedor: o advogado do exeqüente, às voltas com difícil processo e incidentes, a exemplo da impugnação do art. 475-L, sem a devida contraprestação (ARAKEN DE ASSIS, 2006, p. 264, negritos nossos).

Demais disso, a não estipulação da remuneração em exame na fase de concretização do direito constituir-se-ia em um desrespeito ao princípio da isonomia, consagrado como cláusula pétrea no art. 5º, *caput*, da CF, porquanto seria dispensado tratamento igual a advogados inseridos em situações jurídicas distintas.

> Imagine-se que dois credores (A e B) de um mesmo devedor (C) demandam, em um mesmo dia, a condenação deste a pagar dívidas de iguais valores (por exemplo, cem reais). Imagine-se, agora, que C é condenado, por sentenças proferidas no mesmo dia, a pagar cem reais (acrescidos de dez por cento de honorários) a cada um de seus

> credores. Intimado pessoalmente a cumprir tais sentenças, C paga os cento e dez que deve em função da condenação proferida no processo instaurado por demanda de A e nada paga em razão da condenação prolatada no processo iniciado por demanda de B. O advogado deste último, então, terá de atuar em um novo módulo processual, o executivo. Ora, a se considerar que neste módulo processual não há fixação de nova verba honorária, ter-se-á de admitir que os dois advogados recebam remunerações idênticas embora tenham atuado de forma diferente (já que um atuou em dois módulos processuais e outro em só um) (FREITAS CÂMARA, 2007, p. 124).

Para fins de registro, a junção de multa com verba advocatícia não constitui novidade no sistema processual civil brasileiro, conforme se observa pelo preconizado na Súmula nº 616 do STF: "É permitida a cumulação da multa contratual com os honorários de advogado, após o advento do Código de Processo Civil vigente".

Por todo o exposto, conforme nos parece, devem ser estabelecidos honorários em toda execução, seja mediante processo autônomo (títulos extrajudiciais), seja por intermédio da etapa de cumprimento da sentença (títulos judiciais), com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC.

Assim, na hipótese de o obrigado não pagar o valor constante da condenação no já tão propalado prazo de quinze dias, será compelido à sua entrega acrescida de multa de 10% e novos honorários advocatícios.

Por fim, a título de recordação, mencionamos o teor da Súmula nº 256 do STF, igualmente aplicável à situação em exame: "É dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários, com fundamento nos artigos 63 ou 64 do Código de Processo Civil". Atualmente, estes dois preceitos correspondem ao art. 20 do vigente diploma processual civil brasileiro.





### 3.3 Natureza jurídica da multa

A multa cominada no art. 475-J do CPC não pode ser considerada moratória pelo simples fato de o devedor já se encontrar em mora desde antes da propositura da demanda pelo requerente.

Também não é reparatória porque não possui o intuito de ressarcir, de reembolsar o credor pelo descumprimento do prazo de 15 (quinze) dias por parte do requerido. O demandante não tem qualquer prejuízo pecuniário além daqueles inerentes à delonga e já incorporados na condenação final, a título de atualização monetária, por exemplo.

A dúvida se limita a enquadrá-la como sancionatória ou coercitiva. Para alguns, a multa é uma sanção. Entretanto, imaginamos que este pensamento não deve se tornar majoritário, porquanto o objetivo do legislador de 2005 não foi a punição do inadimplente, mas a consagração, no texto da lei, de um instrumento apto a coagir, a compelir o demandado ao cumprimento do comando judicial externado na sentença transitada em julgado, com a finalidade de encurtar a concretização da obrigação por quantia certa.

Pelo exposto, perfilhamos o entendimento segundo o qual a multa prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil possui cristalina natureza coercitiva.

Portanto, e conforme muito bem lembrado por Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2006, p. 145), a multa do art. 475-J pode ser perfeitamente cumulada àquela do art. 14, V e parágrafo único, do mesmo diploma processual.

### 3.4 Termo inicial do prazo de 15 dias

As normas instituídas pela Lei nº 11.232/05 não prevêem o instante a partir do qual o lapso temporal de 15 (quin-

ze) dias terá início. Somente com o tempo se saberá a solução a ser adotada pela jurisprudência. Atualmente, existem três correntes difundidas doutrinariamente.

**A primeira teoria** defende a abertura automática do prazo, a partir do começo da produção de eficácia, o que ocorre quando há o trânsito em julgado da sentença, quando se dá o recebimento de recurso sem efeito suspensivo contra a decisão definitiva (hipótese onde não é possível a exigência da multa) ou quando ocorre, na liquidação, a fixação da quantia a ser paga. A ela se filiam nomes como Araken de Assis, Athos Gusmão Carneiro, Humberto Theodoro Júnior e Ernane Fidélis dos Santos.

Neste sentido, Araken de Assis (2006, p. 212) expõe seus fundamentos: "O prazo flui da data em que a condenação se tornar exigível. É o que se extrai da locução 'condenado ao pagamento de quantia certa, ou já fixada em liquidação'". A esta corrente aderiu, em recente julgado, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A execução de sentença será definitiva quando não houver qualquer recurso em face dela interposto e provisória quando existir recurso recebido no efeito meramente devolutivo.

**O segundo entendimento** sustenta a inauguração do prazo em um momento posterior, começando a fluir a partir da intimação do advogado do suplicado. Mencionem-se como membros desta corrente Cássio Scarpinella Bueno, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Carreira Alvim e Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral.

Para ela, não se pode aplicar a teoria anterior porque a determinação do instante a partir do qual a decisão se torna eficaz seria objeto de controvérsias em cada caso prático, provocando polêmicas suscetíveis de decisões díspares em juízos distintos, com inúmeros recursos eternamente interpostos nos casos concretos. Em outras palavras:





> Como a **fluência de prazos não pode depender de dados subjetivos**, parece-me, com os olhos bem voltados para o dia-a-dia forense, que este prazo correrá do "cumpra-se o v. acórdão", despacho bastante usual que, em geral, é proferido quando os autos do processo voltam do Tribunal [...]. Não há espaço, por isto mesmo, para que as partes se manifestem sobre o "*cumprimento* do v. acórdão", como, em geral, observa-se na prática. [...] A decisão, tal qual proferida, já reúne, suficientemente, *força* (independentemente do nome que se dê a esta *força* ou a esta *eficácia*) para ser acatada e, por isto mesmo, cumprida independentemente da prática de qualquer outro ato, de qualquer outro comportamento do juízo ou de qualquer uma das partes. Assim, intimadas as partes, **por intermédio de seus advogados**, de que o "venerando acórdão" tem condições de ser cumprido, está formalmente aberto o prazo de 15 dias para que o "venerando acórdão" seja cumprido (SCARPINELLA BUENO, 2006, p. 78, negritos nossos).

**Já a terceira opinião** advoga a abertura do prazo com a intimação pessoal da parte, e não de seu procurador, para cumprimento da sentença. Com este pensamento, Alexandre Freitas Câmara, Misael Montenegro Filho e Henrique Mouta Araújo.

Em nosso sentir, essa linha de raciocínio é a que melhor se coaduna com o sistema processual civil brasileiro. Embasa-se no argumento segundo o qual o devedor sempre deve ser pessoalmente intimado quando o propósito da reportada notificação for a realização de uma conduta a ele incumbida, a exemplo do ato de cumprimento voluntário da sentença.

Ademais, prescreve o art. 240, *caput*, do CPC: "Salvo disposição em contrário, os prazos para as partes [...] contar-

se-ão da intimação". Ora, se não há qualquer determinação em sentido oposto no art. 475-J, é tecnicamente incorreta a aceitação da abertura automática do prazo de 15 dias. Portanto, a dilação tem de correr da intimação, e esta deve ser pessoal.

Outra alegação contra o início automático do prazo é a ofensa ao princípio do devido processo legal, mais especificamente à garantia constitucional do processo justo,

> [...] uma vez que poderia acontecer de a multa incidir sem que a parte sequer soubesse que já se iniciara o prazo para o pagamento. Basta pensar nos casos em que o advogado não comunica à parte o momento inicial da eficácia da sentença ou, pior ainda, aqueles casos em que por alguma razão haja dificuldade em estabelecer com precisão a partir de que momento se deu o início da produção de efeitos da sentença. [...] Tal intimação deverá ser determinada pelo juiz, de ofício, a partir do momento em que a sentença tornar-se eficaz (ou por ter transitado em julgado ou por ter sido interposto – e recebido – recurso desprovido de efeito suspensivo). Atua o órgão jurisdicional aqui de ofício, por força da regra do impulso oficial (art. 262 do CPC), já que a lei processual só exigiu o requerimento da parte para a expedição do mandado de penhora e avaliação (art. 475-J, *in fine*) (FREITAS CÂMARA, 2007, p. 115/116).

Uma discussão pode surgir a respeito da hipótese na qual o valor da condenação depender de cálculo do credor (art. 475-B). Seguindo a diretriz adotada neste trabalho, o início do prazo se dá com a intimação do devedor após a decisão transitada em julgado ou apenas com a exibição dos cálculos pelo suplicante?

Neste caso, propugnamos pelo começo da contagem dos 15 (quinze) dias no momento da intimação do suplicado.





Esta é a interpretação teleológica da Lei nº 11.232/05, especialmente do art. 475-J por ela implantado, porque se adequa com maior proveito aos princípios da celeridade, efetividade e economia processual, consoante esclarecimento abaixo.

Não obstante o art. 9º da Lei nº 11.232/05 ter revogado expressamente o art. 605 do CPC, que permitia ao requerido a realização de simples conta aritmética para determinação do *quantum* da condenação, ele ainda pode fazê-lo, haja vista a inexistência de qualquer dispositivo instituído pelo novo instrumento legislativo no sentido de proibir esta atividade.

Ora, no caso de este montante se encontrar vinculado à necessária efetivação de cálculo, nada impede que o próprio demandado realize esta operação aritmética, conforme explanado no parágrafo anterior, com a correspondente justificativa da quantia apurada.

Outrossim, o art. 475-J, *caput*, estabelece apenas duas circunstâncias nas quais se abrirá a contagem do intervalo de 15 dias: condenação ao pagamento de quantia certa ou à entrega de importância já fixada em liquidação.

Na hipótese em apreço, a consumação do reportado cálculo aritmético não é mais considerada uma espécie liquidatória no ordenamento jurídico brasileiro. Por conseguinte, o prazo somente poderá ser aberto após o trânsito em julgado da sentença condenatória, mais precisamente a partir da intimação do devedor para a concretização do cumprimento voluntário da obrigação.

Em virtude de sua natureza processual, a contagem do interregno de 15 dias se realiza conforme determinado nas regras gerais e, em especial, no art. 184 do Código de Processo Civil. Portanto, exclui-se o dia do começo e inclui-se o do vencimento. Além disso, ele é prorrogado até o primeiro dia útil na hipótese de o término ocorrer em feriado ou em dia em que se der o fechamento do fórum ou o expediente forense

se encerrar antes da hora normal. Os prazos se iniciam no primeiro dia útil após a intimação.

## 4 REQUERIMENTO DO CREDOR E REALIZAÇÃO DA PENHORA E DA AVALIAÇÃO

Uma grande novidade contida no *caput* do recentemente criado art. 475-J é a dispensabilidade de nova citação do devedor como condição para a abertura das atividades relativas ao cumprimento da sentença. Doravante, e apenas depois da efetivação da penhora e da avaliação, o executado será intimado somente para oferecer impugnação. A falta de oportunidade para ele nomear bens torna o começo da execução razoavelmente menos burocrático.

Após os 15 dias para adimplemento voluntário, basta – e se faz imprescindível – uma petição do credor com requerimento de penhora e avaliação dos bens do agora executado. Sem esta solicitação, não se adentrará na etapa de realização do direito, tendo em vista que o magistrado se encontra impossibilitado de perpetrar atos executivos de ofício. Assim, o procedimento expropriatório se inicia por intermédio de iniciativa da parte.

Trata-se de ocorrência do princípio dispositivo, haja vista a necessidade de requerimento do credor para a prática de condutas realizadoras do direito reconhecido na sentença, pois ele detém a disponibilidade da execução, de acordo com o disposto no art. 569 do CPC.

Dessa forma, o vencedor da demanda cognitiva pode optar pela não propositura da referida solicitação, em virtude do princípio da oportunidade. É verdade que, ordinariamente, se constata a sua escolha pelo início da execução. Entrementes, pode ocorrer de o credor tomar conhecimento da inexistência de bens em nome do vencido, hipótese na qual é bem provável que ele prefira se quedar inerte, não provocando a abertura da etapa executiva.





Especificamente no tocante à forma e ao conteúdo do mencionado requerimento do exeqüente, uma parcela da doutrina entende somente ser possível esta súplica na forma escrita e com o preenchimento de todos os requisitos exigidos no art. 282 para a petição inicial no rito ordinário do processo de conhecimento, fora aqueles previstos no art. 475-B c/c art. 475-R e art. 614, II. Exemplo de adepto desta teoria é Araken de Assis (2006, p. 243/244), cuja lição segue transcrita:

> Em última análise, o art. 475-J, *caput*, mudou o rótulo aplicado à iniciativa do exeqüente, preferindo chamá-la, utilizando-se da margem de opções técnicas da legislação, de "requerimento" em lugar de "petição inicial"; porém, quanto à forma e ao conteúdo, inexiste mudança substancial. [...] Cabe ao exeqüente zelar, na elaboração do requerimento, quanto à forma e ao conteúdo, segundo o roteiro traçado no art. 282. Propõe-se a execução sempre através de requerimento escrito, obrigatoriamente redigido no idioma nacional (art. 156). Não há, no CPC de 1973, disposição similar ao art. 14, § 3º, da Lei nº 9.099/95, que autoriza à Secretaria reduzir a termo escrito o requerimento oral do exeqüente.

Uma outra linha doutrinária – majoritária e com a qual concordamos em virtude da falta de expressa exigência legal no tocante às imposições pretendidas pela corrente anterior e da impossibilidade de existência de petição inicial sem a ocorrência de uma posterior ação – defende a possibilidade de propositura do citado requerimento sem maiores formalidades, sem obediência aos pressupostos enumerados no art. 282.

Neste caso, a petição deve trazer a memória discriminada e atualizada do cálculo (art. 475-B c/c art. 475-R e art. 614, II, todos do CPC). Exemplos de seguidores desta idéia são

Humberto Theodoro Júnior, Alexandre Freitas Câmara e Ernane Fidélis dos Santos. Para os dois últimos, a súplica pode ser elaborada até mesmo na forma oral, pensamento com o qual não concordamos por contrariar toda a lógica da execução e também por trazer insegurança às relações jurídicas, na medida em que, por exemplo, não haveria como o credor fazer prova no sentido de ainda não haver pleiteado a inauguração dos atos executivos.

A seguir, o oportuno ensinamento de Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 142/143): "De maneira alguma o requerimento de expedição do mandado de penhora pode ser visto como uma petição inicial, já que, se inexiste a ação de execução de sentença, não se pode conceber uma petição inicial na espécie. Trata-se de simples petição com que se provoca o ofício do juízo, dentro de um processo que, enquanto não for cumprida a condenação, não estará findo".

Outra notável inovação decorrente do art. 475-J é a realização da avaliação concomitantemente à penhora. Esta norma dispõe que "[...] a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação".

Antes do advento da Lei nº 11.232/05, a avaliação se dava após a decisão final dos embargos (hoje, esta regra ainda é aplicável às execuções baseadas em títulos extrajudiciais), ocasionando uma dispensável nova parada do procedimento, prejudicial à celeridade, à efetividade e à economia processual.

Também na sistemática anterior, e em razão do teor do art. 680 do Código de Processo Civil, a avaliação deveria ser efetivada por avaliador oficial. Em caso de inexistência deste na comarca, seria realizada por perito nomeado pelo juiz. Apenas de modo extraordinário seria levada a cabo pelo oficial de justiça.

Agora, incumbe ao oficial de justiça, em regra, efetuar tanto a penhora (exceto na hipótese de ter sido emitido termo de penhora nos autos) quanto a avaliação. Qualquer divergência referente a esta passa a ser discutida na chamada impugnação.





O oficial de justiça deverá ponderar cuidadosamente o valor de mercado e amoldá-lo ao bem penhorado. O devedor poderá se contrapor no momento da impugnação. Por este motivo, ele deverá ser intimado para impugnar somente após materializada a avaliação. Já o credor poderá questioná-lo por simples petição.

A ordem de penhora e avaliação proveniente do magistrado se dá sem a ocorrência de qualquer intimação anterior do executado. A este não é mais dado o direito de nomear bens em etapa própria da execução, antes de eventual indicação por parte do exeqüente, mas isso não impossibilita sua designação ao oficial de justiça e ao juiz. Pode, até mesmo, demandar a troca em caso de lhe ser menos dispendiosa.

Esclarecedoras são as palavras de Cássio Scarpinella Bueno (2006, p. 90, grifos do autor): "a *iniciativa* quanto à *indicação* do bem a ser penhorado, no entanto, não parte mais dele, devedor, mas do próprio juízo (por intermédio do oficial de justiça) ou do credor. [...]. O que se passa com a nova lei é que o que era *direito* seu passou a ser mera *faculdade*, que só prevalecerá na medida em que haja expressa concordância do credor".

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo da presente pesquisa foi tecer comentários, principalmente, ao *caput* do art. 475-J do Código de Processo Civil, integrante da nova fase de cumprimento da sentença, introduzida no ordenamento pela Lei nº 11.232/2005.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 extirpou inúmeros desatinos do diploma anterior. No entanto, com o incremento da demanda pela jurisdição nos mais diver-

sos foros e tribunais do país, cada vez mais a adotada divisão clássica entre processo de conhecimento e processo de execução se demonstrava nociva à celeridade e à eficiência.

Essa dicotomia feria o devido processo legal. Demais disso, causava um demorado e desnecessário intervalo entre a cognição e a execução, além de inúmeros prazos legalmente estipulados dentro desta etapa, de realização do direito, com flagrantes prejuízos para o credor e para a economia processual.

Com o advento da Lei nº 11.232/05, ocorreu a unificação dos processos de conhecimento e de execução. Agora, existe uma etapa inicial (de reconhecimento) e uma etapa ulterior (de cumprimento da sentença). As fases do processo de conhecimento passam a se constituir em seis: postulatória, ordinatória, instrutória, decisória, de liquidação e de cumprimento da sentença.

No labor em tela, já vimos que a citada lei acrescentou o Capítulo X no Título VIII do Livro I do CPC, com destaque para as novidades dos arts. 475-I e 475-J. Aplicam-se somente nos casos de sentenças condenatórias referentes a obrigações por quantia certa.

O art. 475-J, essência da reforma e objeto deste artigo, também prevê a aplicação de multa de 10% (dez por cento) sobre o montante da condenação na hipótese de inadimplemento após o decurso do interregno de 15 (quinze) dias. Provavelmente, a aplicação desta multa se dará apenas depois do trânsito em julgado da decisão exeqüenda. O favorecido deverá ser o credor e o responsável pelo pagamento será a pessoa física ou jurídica constante do título executivo.

Quanto aos honorários advocatícios, já nos posicionamos na análise em comento pela possibilidade de sua incidência na fase de cumprimento da sentença, basicamente devido à literalidade do art. 20, § 4º, e à finalidade do art. 475-J, *caput*, ambos do CPC, sem contar com o princípio da





isonomia, que restaria afrontado se outra fosse a concepção adotada.

A natureza jurídica da multa aponta no sentido de tratá-la como coerção, porquanto a intenção do legislador da reforma de dezembro de 2005 foi estimular o executado ao cumprimento da sentença transitada em julgado, com vistas à diminuição do tempo entre a decisão definitiva e a efetivação do direito nela acolhido.

O termo inicial do prazo de 15 dias estipulado para concretização voluntária do comando judicial já citado, segundo opinião outrora aludida, deverá ocorrer após a intimação pessoal da parte.

Isto porque os prazos para as partes são contados da intimação, salvo disposição em sentido inverso, consoante o disposto no art. 240, *caput*, do CPC. Como não há qualquer determinação em contrário no art. 475-J, o prazo não pode ser aberto automaticamente.

Outro argumento contra o início automático é a ofensa ao devido processo legal, tendo em vista que seria possível o escoamento do prazo sem a ciência da parte relativa à sua inauguração.

Além do mais, o demandado sempre deve ser pessoalmente intimado quando o objetivo da mencionada comunicação for a prática de um ato a ele cabível.

Para o início dos atos executórios, não se faz mais necessária uma nova citação do devedor. Imprescindível é o requerimento do credor para a expedição do mandado de penhora e avaliação. Ressaltamos que estas, agora, são efetuadas simultaneamente, e a avaliação passa a ser realizada por oficial de justiça, exceto quando depender de conhecimentos especializados, hipótese na qual o magistrado nomeará, o mais rápido possível, avaliador para o desempenho dessa tarefa.

Como finalidades benéficas a serem alcançadas em virtude das modificações ocorridas com a implantação do

art. 475-J do CPC, podemos citar a auto-executoriedade das sentenças condenatórias, o fortalecimento da posição do credor em detrimento do enfraquecimento da situação do devedor, a adequação ao modelo constitucional do processo, bem assim, o avanço da eficácia, da efetividade, da economia processual, da celeridade e da justiça, dentre outras.

Por todo o exposto neste trabalho, o art. 475-J do CPC deve ser considerado o cerne de toda a reforma empreendida pela Lei nº 11.232/2005, instituída com o propósito de contribuir para a "razoável duração do processo" e a "celeridade de sua tramitação", ditames previstos pelo art. 5º, LXXVIII, da CF, dispositivo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Somente o tempo demonstrará o alcance das alterações recentemente estabelecidas, de acordo com os resultados práticos a serem observados no cotidiano dos foros e tribunais brasileiros.

## REFERÊNCIAS

ARAKEN DE ASSIS. **Cumprimento da sentença**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARRUDA, Antônio Carlos Matteis de. **Liquidação de sentença (a lide de liquidação).** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. **As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. **A nova execução de sentença**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.





FREITAS CÂMARA, Alexandre. **Lições de direito processual civil.** 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. II

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. **A nova etapa da reforma do código de processo civil.** São Paulo: Saraiva, 2006. v. I

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do código de processo civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

## BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA

BUZAID, Alfredo. **Exposição de motivos ao projeto do código de processo civil**. 1972.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. v. III

GUSMÃO CARNEIRO, Athos. **Cumprimento da sentença civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GUSMÃO CARNEIRO, Athos. Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 123, a. 30, 2005.

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.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Cumprimento da sentença e outras reformas processuais**. São Paulo: Atlas, 2006.



# SOLUÇÃO HERMENÊUTICA PARA INTEGRAÇÃO DA LACUNA LEGAL NAS REGRAS DE SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002[1]

***Paulo André da Silva Matos***
Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Barros Melo. Engenheiro eletrônico pela Universidade Federal da Paraíba com especialização em análise de sistemas e MBA em telecomunicações. Atualmente analista de informática do Ministério Público Federal.

**SUMÁRIO**

1 INTRODUÇÃO. 2 EVOLUÇÃO DO CÔNJUGE NOS DIREITOS SUCESSÓRIOS. 3 A LACUNA LEGAL NA CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM DESCENDENTES HÍBRIDOS DO *DE CUJUS*. 4 ALTERNATIVA HERMENÊUTICA PARA INTEGRAÇÃO DA NORMA LACUNOSA. 5 CONCLUSÃO. 6 REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

O cônjuge supérstite no atual Código Civil participa da herança deixada por seu consorte como herdeiro legítimo e necessário, concorrendo diretamente com os descendentes e

[1] Artigo baseado no trabalho de conclusão de curso, apresentado em setembro de 2007 às Faculdades Integradas Barros Melo, como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Pontuado com o grau máximo.

ascendentes do *de cujus*, segundo art. 1.829 e 1.845, ambos do C.C./2002. Algumas dessas regras têm causado grandes controvérsias doutrinárias que podem, em alguns casos, acarretar grandes injustiças e prejuízos às partes envolvidas na herança deixada pelo falecido.

Entre as normas controvertidas está a regra de partilha dos bens quando há concorrência do cônjuge sobrevivente com os herdeiros de primeira classe, descendentes do falecido, inserida no bojo do art. 1.832 do C.C./2002.

Nesta situação, o legislador fez uma importante diferenciação: se os herdeiros com quem o cônjuge concorrer também forem seus descendentes, havendo, nesta hipótese, descendência comum, o cônjuge herdeiro será privilegiado e não poderá receber um quinhão menor que a quarta parte da herança, dividindo-se o que restar entre os descendentes comuns.

Ao passo que, se houver concorrência do cônjuge com descendentes que sejam apenas do finado autor da herança, hipótese em que haverá descendência exclusiva, a partilha se dará igualmente, por cabeça, entre todos os herdeiros, sem a necessidade ou privilégio da reserva de quota mínima ao cônjuge herdeiro.

Entretanto, deixou o legislador do Código Civil de 2002 de prever expressamente a situação em que o autor da herança tenha deixado entre os seus herdeiros descendentes, tanto herdeiros exclusivos (filhos de outras relações do falecido), quanto herdeiros comuns (filhos comuns ao casal), hipótese em que haverá de descendência híbrida.

O objetivo deste artigo é sugerir uma alternativa para integração da norma sucessória lacunosa dando uma abordagem constitucional do Código Civil, demonstrando a possibilidade da aplicação prática dos dispositivos supracitados, contribuindo para o deslinde da questão da sucessão do cônjuge em concorrência com herdeiros de descendência híbrida.





## 2 EVOLUÇÃO DO CÔNJUGE NOS DIREITOS SUCESSÓRIOS

Notadamente, foi no direito romano, com a Lei da XII Tábuas, que a mulher passou a ter a possibilidade de possuir bens e desta forma, poder suceder e dispor dos bens herdados do marido. Entrementes, ao cônjuge sobrevivente era reservado o último lugar na ordem de vocação hereditária, só herdando após os filhos e os parentes de sexto grau.

Porém, na última fase do direito romano houve uma grande evolução nos direitos do cônjuge viúvo que passou a possuir o direito de concorrência com os herdeiros. Esta regra previa que a mulher que não tivesse posses herdaria a quarta parte em propriedade dos bens se não houvesse filhos do *de cujus* e, em usufruto, se houvesse até três filhos. Se mais que três filhos houvesse, ainda assim herdava, mas de forma limitada[2].

No Direito pátrio as "Ordenações Filipinas", que teve sua vigência até a entrada em vigor do primeiro Código Civil Brasileiro, em 1º de janeiro de 1917, já incluía o cônjuge entre os herdeiros do *de cujus*. No entanto, este último somente era chamado a suceder após os parentes consangüíneos colaterais em décimo grau, o que na prática fragilizava a proteção real do cônjuge na sucessão.

[2] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 6 v. p. 85-131.

Pouco antes do primeiro Código Civil Brasileiro, a Lei Feliciano Pena[3], já em 1907, alterou a ordem de vocação do cônjuge, colocando-o em posição mais favorável, sucedendo na terceira posição, na frente dos colaterais e após os descendentes e ascendentes.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 1.611, manteve a mesma ordem de vocação hereditária implementada pela Lei Feliciano Pena, dispondo que o cônjuge só sucedia na falta de ascendentes e descendentes, desde que, à época da morte do autor da herança, não estivesse dele desquitado, sem, no entanto, considerar o cônjuge como herdeiro necessário, pois, apenas os ascendentes e descendentes eram considerados como tal.

Por esta razão, a legítima (porção da herança que nesta época já simbolizava a metade dos bens), reservada aos herdeiros necessários, não beneficiava o cônjuge supérstite que poderia se ver despojado dos bens do falecido por disposição de última vontade. Isto porque o legislador considerava o cônjuge suficientemente protegido, pois, à época o regime legal de bens do casamento era o da comunhão universal, no qual, o cônjuge supérstite participava da metade de todos os bens do casal, anteriores e posteriores ao casamento, através da meação.

Posteriormente, o Estatuto da Mulher Casada[4] inseriu, no §1º, do artigo 1.611, do C.C./1916, a modalidade de sucessão em usufruto, ou comumente chamada pela doutrina de "usufruto vidual", garantindo ao cônjuge supérstite, em certas situações, a quarta parte ou a metade dos bens do falecido em regime de usufruto vitalício. Esta regra era semelhante à adotada pela codificação justinianéia do direito romano e tinha como fundamento garantir ao cônjuge sem posses, condições de se manter na ausência do falecido.

[3] Lei n. 1.837 de 31 de dezembro de 1907.

[4] Lei n. 4.121 de 27 de agosto de 1962.





Posteriormente a Lei do Divórcio[5] reformou o *caput do* art. 1.611, passando a excluir o cônjuge da herança, não somente pelo desquite, mas por qualquer tipo dissolução do vínculo conjugal. Além disto, com a alteração do regime legal de bens para o da comunhão parcial, permitiu-se a incômoda possibilidade do cônjuge sobrevivo ficar desprotegido após a morte do *de cujus* se não houvesse bens comuns na a dividir na meação, e, desta forma, toda herança referente aos bens particulares podia ser transmitida apenas aos descendentes ou ascendentes.

Neste contexto, o legislador do Código Civil de 2002 inovou o sistema sucessório, optando por privilegiar o cônjuge supérstite na relação sucessória, elevando-o à classe de herdeiro legítimo e conferindo-lhe a mesma proteção dispensada aos outros herdeiros, passando àquele, a partir de então, a gozar do privilégio de participar necessariamente da herança do falecido por expressa imposição legal e não tão-somente por disposição de última vontade.

## 3 A LACUNA LEGAL NA CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM DESCENDENTES HÍBRIDOS DO *DE CUJUS*

A legislação brasileira adotou o sistema sucessório misto, onde a transmissão dos bens do *de cujus* ocorre *ex lege* e por disposição de última vontade, tendo o testador, desta forma, a faculdade e a liberdade de dispor, pela via do testamento, de

[5] Lei n. 6.515 de 26 de dezembro de 1977.

parte seus bens para após a morte, destinando-os a quem desejar, independente do grau de parentesco.

A proteção legal dada a herança, reserva metade dos bens a determinados herdeiros, sendo este um meio de conciliar a vontade do testador com as expectativas dos entes familiares, que, na qualidade de herdeiros legítimos e necessários, se investem no direito de receber parte dos bens do falecido, independentemente da vontade deste[6].

Por esta razão, nos termos definidos em lei, metade da herança será obrigatoriamente deferida aos herdeiros legítimos e necessários, independente da vontade do testador. Na ausência de disposição de última vontade, a integralidade dos bens será dividida entre os herdeiros legítimos, de acordo com a ordem de vocação hereditária, ocorrendo, assim, a chamada sucessão legítima.

O cônjuge, nas sucessões abertas a partir da vigência do atual Código Civil, passa a herdar como herdeiro necessário, e nesta condição, não pode ser afastado da parte indisponível dos bens do falecido – a legítima –, salvo nos casos de deserdação ou indignidade, ambos regulados por lei.

Atente-se porém que não se deve confundir a parte dos bens referente à meação do cônjuge com a herança. A meação não integra a herança, pois, por direito patrimonial próprio, pertence exclusivamente ao cônjuge supérstite em decorrência do regime de casamento adotado pelo casal.[7]

[6] PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária, revista e atualizada**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 147.

[7] GIORGIS, José Carlos Teixeira. Direitos sucessórios do cônjuge sobrevivo. **Revista brasileira de direito de família,** Porto Alegre: Síntese/IBDFam, a. 7, n. 29, p. 93, abr./maio 2005.





*Prima facie*, para que o cônjuge possa participar como herdeiro legítimo e necessário, faz-se necessário que, no momento da abertura da sucessão, o cônjuge sobrevivente, estivesse na constância do casamento ou que, pelo menos, não se encontrasse separado judicialmente ou de fato do *de cujus* por mais de dois anos (art. 1.830/C.C). Assim, a pessoa que no momento da morte de seu cônjuge não estivesse divorciada, separada judicialmente ou de fato a mais de dois anos, adquire o direito de participar da herança de seu falecido consorte.

Também se encaixam nestes requisitos aquelas pessoas que conseguirem provar que, apesar de estarem separadas de fato por mais de dois anos, na data da morte do autor da herança, esta separação não se deu por sua culpa, permanecendo, deste modo, com o direito de suceder o falecido, o cônjuge separado a mais de dois anos por culpa exclusiva do falecido ou sem que tenha sido imputado culpa a nenhum dos consortes[8].

A par destes requisitos, a lei agora se posiciona diante da questão da ordem de vocação. Os primeiros a serem chamados a suceder o falecido serão os herdeiros de primeira classe,ou seja, seus descendentes, os quais, se existirem, independente do grau de descendência, terão direito aos bens daquele no monte referente à sucessão legítima e, a depender do regime de casamento do *de cujus*, em concorrência com o cônjuge supérstite, consoante regra inserta no art. 1.829, I, do C.C./2002.

[8] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O Sistema de vocação concorrente do cônjuge e/ou do companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos brasileiro e italiano. **Revista brasileira de direito de família,** Porto Alegre: Síntese/IBDFam, ano 7, n. 29, p. 52, abr./maio 2005.

O legislador pátrio foi extremamente infeliz na redação deste dispositivo, pois a má técnica legislativa e sua redação dúbia têm levado alguns autores a interpretações díspares na definição de qual situação permitiria ao cônjuge concorrer com os descendentes do falecido, causando, dessa forma, muita polêmica doutrinária. Maria Berenice afirma, por exemplo, que "A apressada leitura desse dispositivo tem levado todos os que buscam na lei uma resposta justa a um estado de verdadeira perplexidade e de certa indignação, flagrando uma aparente injustiça quando na sucessão existem bens e filhos anteriores ao casamento"[9].

Da análise do contexto histórico e do dispositivo em questão, pode-se extrair que, o cônjuge só deveria participar da herança nos regimes de bens onde houver a necessidade de proteger o cônjuge na relação sucessória.

Deste modo é que, se o regime de bens adotado pelo casal for o da comunhão universal, não há que se falar em concorrência, pois, como a intenção do legislador é, em não havendo bens comuns a partilhar, proteger o cônjuge durante sua viuvez, com a participação sobre o restante do acervo hereditário e, o simples fato de, naquele regime de bens, o cônjuge já ter por direito próprio, metade de todo o patrimônio do casal, anteriores e posteriores ao casamento, afasta o fundamento para que ele concorra à outra metade do patrimônio, pois já se encontra devidamente amparado pela meação[10].

Da mesma forma, estará o cônjuge excluído da herança quando, em concorrência com os descendentes, o regime de bens do casamento tiver sido o regime de separação obrigatória, já que, neste caso, a própria lei impôs ao casal a incomunicabilidade dos bens, de maneira que não seria lógico que o cônjuge sobrevivente, o qual em vida estaria impedido de participar dos bens do seu consorte, ao final, com a morte deste, viesse a participar dos bens que em vida lhe eram privados.





Por fim, a última parte do art. 1.829, I, C.C., que trata da concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do *de cujus*, quando o regime de bens do casal era da comunhão parcial, traz à tona divergências doutrinárias, embaladas, principalmente, pela má redação do artigo.

A dúvida remanesce diante do uso da expressão "*salvo se*", utilizada, na primeira parte do inciso e a última parte do dispositivo, que se refere à concorrência no regime de bens da comunhão parcial, separada por um ponto-e-vírgula, seguido da expressão "*ou se*".

A primeira corrente, defendida por José Carlos Teixeira Giorgis e Maria Berenice Dias, entende que o cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens, só poderia concorrer com os descendentes do falecido se, ao tempo da abertura da sucessão, este não tivesse deixado bens particulares, pois, caso contrário, se houvesse bens particulares na herança, o cônjuge deveria ser afastado da concorrência com os descendentes.

Sustentam assim que, a colocação do ponto-e-vírgula, na parte final do inciso I, do referido artigo, teria o condão de separar as expressões, indicando um seccionamento das duas idéias, em acordo com as regras gramaticais da língua portuguesa[11].

[9] DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família e sucessões no novo Código Civil**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2005. p. 287.

[10] GIORGIS, José Carlos Teixeira. Direitos sucessórios do cônjuge sobrevivo. *Revista* **brasileira de direito de família**, Porto Alegre: Síntese/IBDFam, a. 7, n. 29, p. 108, abr./maio 2005.

[11] DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família e sucessões no novo Código Civil**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2005. p. 126.

Giselda Hironaka, Silvio Venosa, Maria Helena Diniz e Caio Mário defendem justamente a tese oposta, a de que só haveria concorrência do cônjuge com os descendentes do falecido, quando, no regime da comunhão parcial de bens, o falecido possuísse patrimônio particular.

Entende esta corrente que esta seria mais uma hipótese de exclusão da concorrência do cônjuge, consubstanciado na expressão "*salvo se*", desta feita, regulando a exclusão da concorrência no regime da comunhão parcial, pois, a intenção do legislador foi de claramente privilegiar o cônjuge e não faria sentido algum que, na ausência de bens comuns do casal, justamente a situação em que o cônjuge supérstite mais necessitaria de amparo, fosse este excluído da herança, e, exatamente sobre os bens que poderiam auxiliá-lo em sua viuvez.

Estes autores divergem apenas sobre qual parte dos bens o cônjuge irá concorrer com os descendentes: se somente sobre os bens particulares do falecido, ou se sobre todo acervo hereditário, incluindo também a parte comum já dividida pela meação.

Para Hironaka, este tratamento dado ao regime da comunhão parcial de bens, diferenciando-o em relação à existência ou não de bens particulares, justifica-se pelo fato de que os bens comuns do casal são divididos não pela herança, mas pela meação, o que não permitiria ao cônjuge, participar novamente sobre estes mesmos bens comuns, agora como herdeiro. Neste caso, fará jus apenas à herança, em concorrência com os descendentes, sobre os bens particulares, ainda intocados pelo instituto da meação[12]. Venosa, na mesma linha, afirma que, "nessa conclusão, que parece a mais lógica, somente haverá concorrência do cônjuge nessa situação nos bens particulares" [13].

[12] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O Sistema de vocação concorrente do cônjuge e/ou do companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos brasileiro e italiano. **Revista brasileira de direito de família.** Porto Alegre: Síntese/IBDFam, ano 7, n. 29, p. 53, abr./maio 2005.





Na linha oposta, Maria Helena Diniz entende que esta restrição sobre quais bens o cônjuge irá concorrer, não está expressa na lei, de maneira que, a existência de bens particulares é apenas condição legal de habilitação, critério de convocação do cônjuge à herança, devendo este participar sobre todo acervo da herança, bens particulares e comuns, mesmo que, já tenha havido eventual meação, pois esta e herança são institutos diferentes[14].

A posição defendida por Hironaka e Venosa nos parece mais acertada, pois, por um lado garante proteção ao cônjuge, permitindo a participação na herança sobre os bens particulares do falecido e, ao mesmo tempo, não prejudica os descendentes do *de cujus*, proibindo que o cônjuge, o qual já se encontra amparado pela meação, receba herança na parte comum dos bens do casal, posição esta que, longe de afrontar o dispositivo legal, coaduna-se com os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

De resto, no silêncio da lei, haverá concorrência do cônjuge com os descendentes do autor da herança quando o regime adotado pelo casal era o da separação convencional ou da participação final dos aqüestos, este último seguindo as mesmas regras da comunhão parcial de bens, a consoante interpretação do artigo 1.829, I, do Código Civil de 2002.[15]

[13] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 7 v. p. 144.

[14] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 6 v. p. 113.

[15] DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: uma proposta de harmonização do sistema. In: DELGADO Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). **Questões controvertidas no direito de família e das sucessões.** São Paulo: Método, 2005. 3 v. ,p. 436.

Satisfeito estes requisitos, o cônjuge irá partilhar os bens deixados pelo falecido, em concorrência direta com os descendentes, consoante art. 1.832 C.C./2002, de forma que, quando estiver em concorrência com descendentes, "caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer". Deste modo o cônjuge receberá um quinhão diferenciado, dependendo da origem do descendente do *de cujus* com quem irá concorrer.

A participação do cônjuge supérstite nos bens da herança se dará de acordo com a origem destes descendentes. Os descendentes, segundo redação do artigo, serão comuns quando descendem, ao mesmo tempo, do autor da herança e do cônjuge sobrevivente, ou serão exclusivos, quando sua descendência for apenas do *de cujus*, sem nenhum vínculo materno ou paterno com o cônjuge viúvo. Da análise deste artigo se extrai, a partir da interpretação textual, duas possíveis situações de concorrência do cônjuge.

A primeira se refere à quota-parte cabível ao cônjuge que concorre na herança apenas com herdeiros que são exclusivamente descendentes do *de cujus*, chamados de descendentes exclusivos. Nesta situação, o cônjuge supérstite não é ascendente de nenhum destes herdeiros de primeira classe com quem irá concorrer, e receberá um quinhão igual a eles, que sucedem por cabeça e independente do número de descendentes exclusivos na sucessão, a herança será dividida pelo total de descendentes mais um, o cônjuge, não havendo nenhum privilégio na porção a este cabível, que será rigorosamente igual à dos demais.

Por outro lado, de acordo com a parte final do artigo 1.832/C.C., na hipótese de divisão dos bens da herança quando o cônjuge concorre com herdeiros que são descendentes ao mesmo tempo do *de cujus* e dele próprio, denominados de descendentes comuns, haverá uma forma diferenciada no cálculo da porção cabível ao cônjuge. Nesta segunda situação, ao cônjuge supérstite, deverá, necessariamente, ser reservada uma quota mínima dos bens considerados como passíveis de concorrência, não podendo receber menos que a quarta parte da herança em questão, quaisquer que sejam o número de descendentes comuns.





Destarte, quando o número de descendentes comuns, que concorrem com o cônjuge, for maior ou igual a três, este irá receber sempre um quarto da herança, quantos quer que sejam aqueles, sendo os setenta e cinco por cento restantes da herança, divididos por cabeça entre os descendentes comuns.

Os problemas acontecem exatamente quando, juntamente com os filhos comuns ao casal, encontram-se filhos exclusivos do falecido entre os herdeiros que irão concorrer com o cônjuge supérstite. O que fazer nesta situação é a questão que gera a esta controvérsia: reservar ou não a quarta parte dos bens.

Este é o dispositivo legal, no Livro das Sucessões, que vem causando as maiores divergências doutrinárias, pois, o legislador deixou de prever, ao menos expressamente, a situação em que, entre os descendentes do falecido, habilitados a receber a herança em concorrência com o cônjuge, encontram-se tanto descendentes comuns quanto descendentes exclusivos, hipótese esta em que haverá a chamada concorrência híbrida, ou concorrência com descendentes híbridos.

Neste sentir é que, havendo concorrência híbrida, surge uma lacuna legal nas regras de sucessão, que certamente

Satisfeito estes requisitos, o cônjuge irá partilhar os bens deixados pelo falecido, em concorrência direta com os descendentes, consoante art. 1.832 C.C./2002, de forma que, quando estiver em concorrência com descendentes, "caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer". Deste modo o cônjuge receberá um quinhão diferenciado, dependendo da origem do descendente do *de cujus* com quem irá concorrer.

A participação do cônjuge supérstite nos bens da herança se dará de acordo com a origem destes descendentes. Os descendentes, segundo redação do artigo, serão comuns quando descendem, ao mesmo tempo, do autor da herança e do cônjuge sobrevivente, ou serão exclusivos, quando sua descendência for apenas do *de cujus*, sem nenhum vínculo materno ou paterno com o cônjuge viúvo. Da análise deste artigo se extrai, a partir da interpretação textual, duas possíveis situações de concorrência do cônjuge.

A primeira se refere à quota-parte cabível ao cônjuge que concorre na herança apenas com herdeiros que são exclusivamente descendentes do *de cujus*, chamados de descendentes exclusivos. Nesta situação, o cônjuge supérstite não é ascendente de nenhum destes herdeiros de primeira classe com quem irá concorrer, e receberá um quinhão igual a eles, que sucedem por cabeça e independente do número de descendentes exclusivos na sucessão, a herança será dividida pelo total de descendentes mais um, o cônjuge, não havendo nenhum privilégio na porção a este cabível, que será rigorosamente igual à dos demais.

Por outro lado, de acordo com a parte final do artigo 1.832/C.C., na hipótese de divisão dos bens da herança quando o cônjuge concorre com herdeiros que são descendentes ao mesmo tempo do *de cujus* e dele próprio, denominados de descendentes comuns, haverá uma forma diferenciada no cálculo da porção cabível ao cônjuge. Nesta segunda situação, ao cônjuge supérstite, deverá, necessariamente, ser reservada uma quota mínima dos bens considerados como passíveis de concorrência, não podendo receber menos que a quarta parte da herança em questão, quaisquer que sejam o número de descendentes comuns.





Destarte, quando o número de descendentes comuns, que concorrem com o cônjuge, for maior ou igual a três, este irá receber sempre um quarto da herança, quantos quer que sejam aqueles, sendo os setenta e cinco por cento restantes da herança, divididos por cabeça entre os descendentes comuns.

Os problemas acontecem exatamente quando, juntamente com os filhos comuns ao casal, encontram-se filhos exclusivos do falecido entre os herdeiros que irão concorrer com o cônjuge supérstite. O que fazer nesta situação é a questão que gera a esta controvérsia: reservar ou não a quarta parte dos bens.

Este é o dispositivo legal, no Livro das Sucessões, que vem causando as maiores divergências doutrinárias, pois, o legislador deixou de prever, ao menos expressamente, a situação em que, entre os descendentes do falecido, habilitados a receber a herança em concorrência com o cônjuge, encontram-se tanto descendentes comuns quanto descendentes exclusivos, hipótese esta em que haverá a chamada concorrência híbrida, ou concorrência com descendentes híbridos.

Neste sentir é que, havendo concorrência híbrida, surge uma lacuna legal nas regras de sucessão, que certamente

Satisfeito estes requisitos, o cônjuge irá partilhar os bens deixados pelo falecido, em concorrência direta com os descendentes, consoante art. 1.832 C.C./2002, de forma que, quando estiver em concorrência com descendentes, "caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer". Deste modo o cônjuge receberá um quinhão diferenciado, dependendo da origem do descendente do *de cujus* com quem irá concorrer.

A participação do cônjuge supérstite nos bens da herança se dará de acordo com a origem destes descendentes. Os descendentes, segundo redação do artigo, serão comuns quando descendem, ao mesmo tempo, do autor da herança e do cônjuge sobrevivente, ou serão exclusivos, quando sua descendência for apenas do *de cujus*, sem nenhum vínculo materno ou paterno com o cônjuge viúvo. Da análise deste artigo se extrai, a partir da interpretação textual, duas possíveis situações de concorrência do cônjuge.

A primeira se refere à quota-parte cabível ao cônjuge que concorre na herança apenas com herdeiros que são exclusivamente descendentes do *de cujus*, chamados de descendentes exclusivos. Nesta situação, o cônjuge supérstite não é ascendente de nenhum destes herdeiros de primeira classe com quem irá concorrer, e receberá um quinhão igual a eles, que sucedem por cabeça e independente do número de descendentes exclusivos na sucessão, a herança será dividida pelo total de descendentes mais um, o cônjuge, não havendo nenhum privilégio na porção a este cabível, que será rigorosamente igual à dos demais.

Por outro lado, de acordo com a parte final do artigo 1.832/C.C., na hipótese de divisão dos bens da herança quando o cônjuge concorre com herdeiros que são descendentes ao mesmo tempo do *de cujus* e dele próprio, denominados de descendentes comuns, haverá uma forma diferenciada no cálculo da porção cabível ao cônjuge. Nesta segunda situação, ao cônjuge supérstite, deverá, necessariamente, ser reservada uma quota mínima dos bens considerados como passíveis de concorrência, não podendo receber menos que a quarta parte da herança em questão, quaisquer que sejam o número de descendentes comuns.





Destarte, quando o número de descendentes comuns, que concorrem com o cônjuge, for maior ou igual a três, este irá receber sempre um quarto da herança, quantos quer que sejam aqueles, sendo os setenta e cinco por cento restantes da herança, divididos por cabeça entre os descendentes comuns.

Os problemas acontecem exatamente quando, juntamente com os filhos comuns ao casal, encontram-se filhos exclusivos do falecido entre os herdeiros que irão concorrer com o cônjuge supérstite. O que fazer nesta situação é a questão que gera a esta controvérsia: reservar ou não a quarta parte dos bens.

Este é o dispositivo legal, no Livro das Sucessões, que vem causando as maiores divergências doutrinárias, pois, o legislador deixou de prever, ao menos expressamente, a situação em que, entre os descendentes do falecido, habilitados a receber a herança em concorrência com o cônjuge, encontram-se tanto descendentes comuns quanto descendentes exclusivos, hipótese esta em que haverá a chamada concorrência híbrida, ou concorrência com descendentes híbridos.

Neste sentir é que, havendo concorrência híbrida, surge uma lacuna legal nas regras de sucessão, que certamente

necessitará de uma integração da norma perante os juízos de sucessão, em face da omissão do legislador do Código Civil de 2002. Várias críticas foram feitas pela doutrina, conforme se observa da seguinte afirmação de Giselda Hironaka [16]:

> Tudo isso porque – infelizmente, e mais uma vez – não previu, o legislador, a tormentosa hipótese de serem herdeiros do falecido pessoas que guardem relação de parentesco (filiação) com o sobrevivo, em concorrência com outras que fossem parentes apenas dele, autor da herança.

Venosa acredita ser lamentável esta situação omissiva do legislador, visto que, nos dias atuais, é muito comum pessoas casarem mais de uma vez, e destes casamentos resultarem diversos filhos. A indignação do autor é tamanha que chega, inclusive, a afirmar que "Essa omissão legislativa é absolutamente imperdoável" [17].

Várias são as posições a respeito dessa omissão legislativa. Uns entendem que deveria haver a reserva da quarta-parte, outros, por sua vez, que impossível seria reservar a quarta parte, havendo ainda aqueles que se posicionam por uma participação diferente de cada descendente e há ainda aqueles que afirmam não haver fórmula matemática para o problema.

As soluções apontadas pela doutrina se resumem, segundo Giselda Hironaka, a três proposições básicas, que englobariam as diversas opiniões sobre o assunto, explicadas adiante, muito embora a maioria dos autores defenda a necessária alteração de *lege ferenda* destes dispositivos, assegurando uma interpretação mais justa e com maior segurança jurídica.

[16] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4093>. Acesso em: 11 mai. 2007.

[17] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 7 v. p. 145.





A primeira proposta seria classificar todos os descendentes, exclusivos e comuns, como se fossem descendentes comuns, do *de cujus* e do cônjuge supérstite e, conseqüentemente, necessária a reserva da quarta parte da herança quando houvesse mais que três descendentes híbridos, independente da sua origem.

Venosa sustenta essa proposição, afirmado que "a lei não fez distinção se essa concorrência é com filhos comuns ou com filhos somente do cônjuge falecido", desta forma, se for ascendente de pelo menos um dos herdeiros descendentes, ficará assegurada a quarta parte ao cônjuge, independente da existência de filhos exclusivos do *de cujus*. Esta solução seria a que melhor se coaduna com o espírito do legislador, que procurou proteger o cônjuge sobrevivente com o estabelecimento dessa quota mínima[18].

Esta posição está longe de ser acolhida pacificamente, pois traz prejuízos patrimoniais consideráveis aos filhos exclusivos do *de cujus*, que, se estivessem sozinhos na sucessão com o cônjuge, receberiam uma parte maior dos bens de seu ascendente morto. Além do mais, sofrerão uma acentuada desvantagem relativa aos filhos comuns, que, ao que tudo indica, sendo descendentes do cônjuge supérstite, seriam beneficiados com um quinhão maior, pois, provavelmente herdariam parte destes bens amealhados pelo cônjuge supérstite, por ocasião da morte deste[19].

[18] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 7 v. p. 145.

[19] GANDINI, João Agnaldo Donizeti; JACOB, Cristiane. A vocação hereditária e a concorrência do cônjuge com os descendentes ou ascendentes do falecido. Art. 1829, I, do Código Civil de 2002. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8,

necessitará de uma integração da norma perante os juízos de sucessão, em face da omissão do legislador do Código Civil de 2002. Várias críticas foram feitas pela doutrina, conforme se observa da seguinte afirmação de Giselda Hironaka [16]:

> Tudo isso porque – infelizmente, e mais uma vez – não previu, o legislador, a tormentosa hipótese de serem herdeiros do falecido pessoas que guardem relação de parentesco (filiação) com o sobrevivo, em concorrência com outras que fossem parentes apenas dele, autor da herança.

Venosa acredita ser lamentável esta situação omissiva do legislador, visto que, nos dias atuais, é muito comum pessoas casarem mais de uma vez, e destes casamentos resultarem diversos filhos. A indignação do autor é tamanha que chega, inclusive, a afirmar que "Essa omissão legislativa é absolutamente imperdoável" [17].

Várias são as posições a respeito dessa omissão legislativa. Uns entendem que deveria haver a reserva da quarta-parte, outros, por sua vez, que impossível seria reservar a quarta parte, havendo ainda aqueles que se posicionam por uma participação diferente de cada descendente e há ainda aqueles que afirmam não haver fórmula matemática para o problema.

As soluções apontadas pela doutrina se resumem, segundo Giselda Hironaka, a três proposições básicas, que en-

[16] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4093>. Acesso em: 11 mai. 2007.

[17] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 7 v. p. 145.





globariam as diversas opiniões sobre o assunto, explicadas adiante, muito embora a maioria dos autores defenda a necessária alteração de *lege ferenda* destes dispositivos, assegurando uma interpretação mais justa e com maior segurança jurídica.

A primeira proposta seria classificar todos os descendentes, exclusivos e comuns, como se fossem descendentes comuns, do *de cujus* e do cônjuge supérstite e, conseqüentemente, necessária a reserva da quarta parte da herança quando houvesse mais que três descendentes híbridos, independente da sua origem.

Venosa sustenta essa proposição, afirmado que "a lei não fez distinção se essa concorrência é com filhos comuns ou com filhos somente do cônjuge falecido", desta forma, se for ascendente de pelo menos um dos herdeiros descendentes, ficará assegurada a quarta parte ao cônjuge, independente da existência de filhos exclusivos do *de cujus*. Esta solução seria a que melhor se coaduna com o espírito do legislador, que procurou proteger o cônjuge sobrevivente com o estabelecimento dessa quota mínima[18].

Esta posição está longe de ser acolhida pacificamente, pois traz prejuízos patrimoniais consideráveis aos filhos exclusivos do *de cujus*, que, se estivessem sozinhos na sucessão com o cônjuge, receberiam uma parte maior dos bens de seu ascendente morto. Além do mais, sofrerão uma acentuada desvantagem relativa aos filhos comuns, que, ao que tudo indica, sendo descendentes do cônjuge supérstite, seriam beneficiados com um quinhão maior, pois, provavelmente herdariam parte destes bens amealhados pelo cônjuge supérstite, por ocasião da morte deste[19].

[18] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 7 v. p. 145.

[19] GANDINI, João Agnaldo Donizeti; JACOB, Cristiane. A vocação hereditária e a concorrência do cônjuge com os descendentes ou ascendentes do falecido. Art. 1829, I, do Código Civil de 2002. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8,

A segunda proposta seria classificar todos os descendentes, exclusivos e comuns, como se fossem descendentes exclusivos do *de cujus* e teria como conseqüência, a divisão do monte-mor entre o cônjuge e os descendentes, por cabeça, de forma igualitária, sem a reserva da quarta parte, independente da quantidade de descendentes na relação sucessória. Esta é a posição mais aceita pela doutrina.

Para Maria Helena Diniz, por exemplo, esta é a proposta mais acertada e mais justa, dentro de uma interpretação consoante com os preceitos constitucionais de igualdade entre os filhos[20]. Para Mário Delgado, esta foi a intenção do legislador, "beneficiar o cônjuge, mas sem prejudicar tanto os filhos" [21].

Caio Mário segue na mesma esteira, afirmando ser esta uma regra excepcional, que deve ser interpretada restritivamente, cabendo ao cônjuge a reserva da quarta parte da herança apenas quando todos os descendentes com quem irá concorrer forem seus descendentes também[22].

Embora este seja também o entendimento de juristas como Zeno Veloso[23], refuta-se esta proposta com a alegação de que este tratamento dado aos filhos, considerando-os to-

n. 409, 20 ago. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5543>. Acesso em: 20 abr. 2007.

[20] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 6 v. p. 121.

[21] DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: uma proposta de harmonização do sistema. In: DELGADO Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). **Questões controvertidas no direito de família e das sucessões.** São Paulo: Método, 2005. 3 v. p. 438.

[22] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 6 v. p. 119.

[23] VELOSO, Zeno. Sucessão do cônjuge no novo Código Civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família.** Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004. p. 531.





dos como exclusivos, prejudica o quinhão do cônjuge, que teria sua parte na herança reduzida, e, este não foi de modo algum o espírito do legislador, impedindo que a intenção de proteção do cônjuge na sua viuvez, fosse garantida, e mais, no momento em que a não há a reserva da quarta parte ao cônjuge, fere-se a *mens legis*.

A terceira proposta seria uma composição híbrida, dividindo-se a herança proporcionalmente em sub-heranças proporcionais, de acordo com o tipo de descendente, de maneira que, o quinhão do cônjuge seria composto de duas partes, uma referente a participação por cabeça na sub-herança dos descendentes exclusivos, e outra referente a concorrência na sub-herança dos descendentes comuns, garantido nesta porção, sua reserva de um quarto sobre o acervo hereditário.

A maior crítica a esta proposta reside no fato de que, nesta divisão, o quinhão que cada descendente comum irá receber será proporcionalmente menor que o quinhão relativo aos descendentes exclusivos, trazendo uma desigualdade entre os filhos do *de cujus* o que fere o preceito constitucional da igualdade dos filhos, bem como a regra do art. 1.834, sendo portanto inaceitável.

Qualquer outra solução híbrida apresentada nestes moldes, faria com que houvesse desigualdade nos quinhões recebidos pelos descendentes, a depender do grupo que eles pertencessem, tornando inviável a solução, visto que desatenderia preceitos constitucionalmente previstos.

Ao que parece, nenhuma das soluções apresentadas pela doutrina atende aos requisitos legais e constitucionais envolvidos, ferindo principalmente a *mens legis* que, conforme discorrido ao longo deste trabalho, teve durante toda evolução

legal procurado proteger cada vez mais o cônjuge na relação sucessória.

A par destas posições, procurar-se-á nas linhas seguintes, baseando-se nas propostas acima demonstradas, na intenção do legislador em privilegiar de alguma forma o cônjuge supérstite na relação sucessória, bem como no direito dos filhos exclusivos do *de cujus* em não ver sua parte na herança tão prejudicada em favor do cônjuge de seu ascendente, e finalmente levando-se em consideração os preceitos constitucionais envolvidos e a possibilidade matemática, apresentar uma proposta alternativa para lacuna legal deixada pelo legislador do Código Civil de 2002.

## 4 ALTERNATIVA HERMENÊUTICA PARA INTEGRAÇÃO DA NORMA LACUNOSA

Frente às proposições apresentadas, conclui-se claramente que a doutrina vai de um extremo ao outro nas soluções oferecidas, pois, segundo os autores, ou se entende, por um lado, de forma restritiva à norma conflituosa e, deste modo, afasta-se a reserva da quarta parte ao cônjuge supérstite, beneficiando os descendentes, ou, por outro lado, se considera a intenção maior do legislador, de proteger o cônjuge sobrevivente, e reserva-se a quarta parte da herança a este, prejudicando, desta forma, a porção da herança cabível aos descendentes exclusivos.

Em outra direção, tem-se a proposta que prevê a cobertura da quarta parte do cônjuge no acervo hereditário a partir da retirada de parcela do quinhão dos filhos comuns, o que está longe de alcançar qualquer um dos objetivos da norma, além de descumprir o mandamento constitucional da igualdade dos filhos.





Em todos os casos, se vê claramente que as tentativas de integração na norma lacunosa não lograram êxito, justamente por tentar acomodar uma situação não prevista, a da existência de filhos híbridos, se utilizando das mesmas restrições aplicáveis nas duas situações dispostas na norma de divisão da herança, quando o cônjuge concorre somente com descendentes exclusivos ou apenas com descendentes comuns.

De fato, conforme afirmação da doutrina, nestes termos, não há solução matemática possível e seria urgente uma reforma legislativa, pois, a partir das sucessões abertas na vigência do Código Civil, esta insegurança jurídica poderia vir a causar sérias injustiças, prejudicando uma das partes envolvidas na sucessão.

A proposta é indicar um caminho para superação deste impasse, tendo por base a utilização do princípio da proporcionalidade, largamente utilizado na esfera constitucional e administrativa, tanto pelos doutrinadores, como também pelas cortes superiores, associado à interpretação teleológica da norma, à luz do Código Civil e da Constituição Federal de 1988.

O Direito Civil não é uma disciplina isolada do ordenamento jurídico e deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais que devem se incorporar na sua essência, principalmente quando há necessidade de integração da norma, vedando-se a interpretação isolada da regra, ou a hegemonia de uma interpretação sobre outra, devendo-se encontrar o sentido harmônico da norma dentro da intenção do legislador [24].

[24] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. 05 jan 2002. Disponível na Internet em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=64>. Acesso em: 11 jun. 2007.

O princípio da proporcionalidade apesar de não aparecer expressamente no texto constitucional, fundamenta toda ordem jurídica derivada. Em sua conceituação é conhecido como princípio da proibição do excesso ou princípio da razoabilidade.

Três elementos caracterizam o princípio da proporcionalidade: o princípio da adequação, que pauta a atividade do poder público na consecução dos objetivos pretendidos pela Constituição Federal; o princípio da necessidade, que determina ao Estado o dever de sempre escolher o meio igualmente eficaz e menos oneroso para o cidadão; e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou princípio da ponderação, que exige que a ponderação das vantagens e desvantagem da escolha da medida a ser tomada.

Estes princípios irão lidar com a difícil tarefa de harmonização e otimização de interesses e pretensões colidentes, permitindo um equilíbrio entre o fim almejado pela norma e os meios empregados para atingir o resultado.

Destaca-se entre os direitos e garantias fundamentais, relacionados à sucessão, os inseridos no bojo do art. 5º da Constituição Federal, dentre os quais: o direito à herança no inciso XXX, à proteção do cônjuge e dos filhos, ressaltada no inciso XXXI, a garantia ao direito de propriedade, inserta no inciso XXII.

Não menos importantes são os objetivos constitucionais referentes à proteção dispensada à família, inserida no art. 226 e seguintes da CF/88, que vedam qualquer discriminação aos filhos havidos dentro ou fora do casamento, inclusive os adotados.





Pelo princípio da adequação, a atividade do poder público, neste caso, a interpretação e aplicação da lei pelo poder judiciário, deverá buscar uma interpretação da norma lacunosa, de acordo com objetivos constitucionais mencionados, incluindo o da igualdade dos filhos.

Diante do princípio da necessidade, a interpretação dada ao art. 1.832/C.C, deve ser a que cause o menor prejuízo às partes, haja visto não haver disposição legal expressa indicando o caminho a ser tomado.

A interpretação do artigo deverá necessariamente observar a princípio proporcionalidade em sentido estrito, analisando e equilibrando as vantagens e desvantagens no cálculo do quinhão atribuível a cada um dos herdeiros - cônjuge e descendentes híbridos-.

Por fim, faz-se necessário o uso da interpretação teleológica no caso em tela, que segundo Ruy Rosado, "supera a lógica formal e dirige sua atenção para o bem jurídico tutelado pela norma", concluindo que a interpretação da norma deve preservar o valor do bem jurídico protegido, extravasando o âmbito da lógica formal[25].

Deste modo, a solução dada não deve se prender à interpretação literal do texto, nem a sua forma absoluta, mas sim, preservar a intenção do legislador na sua essência e historicamente afirmada como garantidora de maior proteção ao cônjuge, relativizando a norma, sem se esquecer que essa garantia, de forma absoluta, não deveria existir na concorrência apenas com os filhos exclusivos do *de cujus*.

[25] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. **Revista AJURIS**, v. 16, n. 145, p. 7, mar. 1989.

De tudo o que foi exposto, demonstrar-se-á a seguir a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade à lacuna legal na sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes híbridos do falecido.

As premissas anteriormente identificadas podem se resumir a três: não discriminação entre descendentes; garantia de privilégio ao cônjuge supérstite na sucessão onde haja filhos comuns; direito dos filhos exclusivos do *de cujus* a uma sucessão diferenciada.

Consoante o princípio da proporcionalidade, se chega à conclusão que a real intenção do legislador, na parte final redação do art. 1.832 do Código Civil, ao dispor que "não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer." é de garantir que o cônjuge, quando concorrendo com descendentes comuns, receba, no mínimo, um quarto da herança cabível a estes descendentes comuns.

Se só existirem descendentes comuns na sucessão, reservar-se-á a quarta-parte do cônjuge sobre todo acervo hereditário considerado na concorrência. Caso contrário, não se considerará a reserva legal sobre todo acervo hereditário, mas, na hipótese de haverem descendentes híbridos na relação sucessória, o quinhão mínimo a ser recebido pelo cônjuge deverá ser calculado apenas como um quarto da parte cabível em conjunto com os descendentes comuns, e não sobre todo acervo hereditário, como seria o entendimento até agora esposado da doutrina.

Excluir-se-ia da contabilização da herança, para efeito da reserva de um quarto, a porção recebida pelos descendentes exclusivos, porém, em todos os casos, o quinhão recebido pelos descendentes tanto exclusivos como comuns deverá ser





necessariamente igual entre si, independente do grupo a que pertença.

Por esta via, se o número de descendentes comuns for de no máximo três, o total do acervo hereditário será dividido entre todos por cabeça, pois, independente do número de descendentes exclusivos, o quinhão que o cônjuge receberá será no mínimo igual aos vinte e cinco por cento da herança, quando excluída a porção dos descendentes exclusivos.

Na medida em que, o número de descendentes comuns ultrapassa esse limite de três, o quinhão cabível ao cônjuge deverá necessariamente ser proporcionalmente maior que o recebido pelos descendentes, de forma a garantir o percentual de vinte e cinco por cento, ou um quarto da herança, mas apenas considerando a porção dos descendentes comuns e do cônjuge, excluindo-se, por conseguinte a parte dos descendentes exclusivos.

Por este entendimento, o cônjuge irá participar de forma diferente no total do acervo hereditário. O quinhão atribuível ao cônjuge será, no mínimo, igual ao dos que sucederem por cabeça e, ao mesmo tempo, não será menor que um quarto do total da herança cabível aos descendentes comuns.

Esta interpretação atende tanto ao espírito do legislador, que pretendia privilegiar o cônjuge quando o número de descendentes comuns for maior que três, recebendo aquele uma parte maior que os descendentes comuns, como também garante uma perda menor aos descendentes exclusivos, que seriam mais prejudicados se fossem considerados, segundo uma das propostas doutrinárias, como descendentes comuns.

Coaduna-se igualmente com o princípio da necessidade inserido no princípio da proporcionalidade, pois, minimiza

a perda causada aos descendentes exclusivos, os quais só terão parte de sua quota diminuída quando houver mais que três descendentes comuns, e mesmo neste caso, haverá uma menor retirada em seu quinhão, que será rigorosamente igual aos outros descendentes, harmonizando-se com o princípio constitucional da não discriminação dos filhos.

Por esta solução, o cônjuge irá participar de forma diferente no total do acervo hereditário. O quinhão atribuível ao cônjuge será, no mínimo, igual ao dos que sucederem por cabeça e, ao mesmo tempo, não será menor que um quarto do total da herança cabível aos descendentes comuns

Para melhor compreensão, demonstrar-se, a seguir, com exemplos práticos, como se daria a repartição da herança deixada pelo *de cujus* nos diversos casos apresentados pela doutrina, o que permitirá concluir se a alternativa proposta apresenta condições de se sustentar diante das regras legais e constitucionais à luz do direito posto.

Considere-se que João e Maria, casados sob o regime da comunhão parcial, possuam um patrimônio comum avaliado em R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), entre imóveis, carros e outros bens de valor. João, por sua vez, possui um apartamento, adquirido antes do casamento com Maria, avaliado em R$ 116.000,00 (cento e dezesseis mil reais).

João vem a falecer sem deixar declarações de última vontade, deixando entre os herdeiros, o cônjuge e seis descendentes, 2 (duas) filhas de um caso extraconjugal e 4 (quatro) filhos concebidos com Maria durante o casamento. Nesta situação toda herança será deferida aos herdeiros legítimos, segundo as regras da ordem de vocação hereditária.





A primeira providência na divisão dos bens deixados pelo falecido será a individualização dos bens correspondentes à meação do cônjuge supérstite. Maria, por esta razão, receberá, por direito próprio, metade dos bens adquiridos pelo esforço comum com o falecido marido, e que, nesta hipótese, totalizam R$ 500.00,00 (quinhentos mil reais).

Após a separação da meação do cônjuge, temos, então, os bens que irão formar o acervo hereditário serão compostos por R$ 500.00,00 (quinhentos mil reais), correspondentes à meação de João no patrimônio comum com Maria, acrescido de R$ 116.000,00 (cento e dezesseis mil reais), referente ao apartamento particular de João, adquirido antes do casamento, totalizando um monte-partível a ser dividido entre os herdeiros de R$ 616.000,00 (seiscentos e dezesseis mil reais).

Para efeito de simplificação dos cálculos, seguiremos o entendimento de Maria Helena Diniz, a partir do qual, a concorrência do cônjuge sobrevivo com os descendentes do falecido, quando o regime de bens era o da comunhão parcial, e há bens particulares, se dará sobre todo acervo hereditário, neste caso específico, os seiscentos e dezesseis mil reais.

Nesta situação hipotética, há, entre os descendentes, filhos que são exclusivos do *de cujus*, como também filhos do falecido em comum com o cônjuge supérstite, configurando a situação de descendência híbrida, não regulada expressamente pelo art. 1.832 do Código Civil, conforme exposto até o presente momento.

Para a integração da norma lacunosa, e conseqüente solução ao problema apresentado, a doutrina apresenta três alternativas, com visto, que serão aplicadas ao caso concreto acima.

a perda causada aos descendentes exclusivos, os quais só terão parte de sua quota diminuída quando houver mais que três descendentes comuns, e mesmo neste caso, haverá uma menor retirada em seu quinhão, que será rigorosamente igual aos outros descendentes, harmonizando-se com o princípio constitucional da não discriminação dos filhos.

Por esta solução, o cônjuge irá participar de forma diferente no total do acervo hereditário. O quinhão atribuível ao cônjuge será, no mínimo, igual ao dos que sucederem por cabeça e, ao mesmo tempo, não será menor que um quarto do total da herança cabível aos descendentes comuns

Para melhor compreensão, demonstrar-se, a seguir, com exemplos práticos, como se daria a repartição da herança deixada pelo *de cujus* nos diversos casos apresentados pela doutrina, o que permitirá concluir se a alternativa proposta apresenta condições de se sustentar diante das regras legais e constitucionais à luz do direito posto.

Considere-se que João e Maria, casados sob o regime da comunhão parcial, possuam um patrimônio comum avaliado em R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), entre imóveis, carros e outros bens de valor. João, por sua vez, possui um apartamento, adquirido antes do casamento com Maria, avaliado em R$ 116.000,00 (cento e dezesseis mil reais).

João vem a falecer sem deixar declarações de última vontade, deixando entre os herdeiros, o cônjuge e seis descendentes, 2 (duas) filhas de um caso extraconjugal e 4 (quatro) filhos concebidos com Maria durante o casamento. Nesta situação toda herança será deferida aos herdeiros legítimos, segundo as regras da ordem de vocação hereditária.





A primeira providência na divisão dos bens deixados pelo falecido será a individualização dos bens correspondentes à meação do cônjuge supérstite. Maria, por esta razão, receberá, por direito próprio, metade dos bens adquiridos pelo esforço comum com o falecido marido, e que, nesta hipótese, totalizam R$ 500.00,00 (quinhentos mil reais).

Após a separação da meação do cônjuge, temos, então, os bens que irão formar o acervo hereditário serão compostos por R$ 500.00,00 (quinhentos mil reais), correspondentes à meação de João no patrimônio comum com Maria, acrescido de R$ 116.000,00 (cento e dezesseis mil reais), referente ao apartamento particular de João, adquirido antes do casamento, totalizando um monte-partível a ser dividido entre os herdeiros de R$ 616.000,00 (seiscentos e dezesseis mil reais).

Para efeito de simplificação dos cálculos, seguiremos o entendimento de Maria Helena Diniz, a partir do qual, a concorrência do cônjuge sobrevivo com os descendentes do falecido, quando o regime de bens era o da comunhão parcial, e há bens particulares, se dará sobre todo acervo hereditário, neste caso específico, os seiscentos e dezesseis mil reais.

Nesta situação hipotética, há, entre os descendentes, filhos que são exclusivos do *de cujus*, como também filhos do falecido em comum com o cônjuge supérstite, configurando a situação de descendência híbrida, não regulada expressamente pelo art. 1.832 do Código Civil, conforme exposto até o presente momento.

Para a integração da norma lacunosa, e conseqüente solução ao problema apresentado, a doutrina apresenta três alternativas, com visto, que serão aplicadas ao caso concreto acima.

a perda causada aos descendentes exclusivos, os quais só terão parte de sua quota diminuída quando houver mais que três descendentes comuns, e mesmo neste caso, haverá uma menor retirada em seu quinhão, que será rigorosamente igual aos outros descendentes, harmonizando-se com o princípio constitucional da não discriminação dos filhos.

Por esta solução, o cônjuge irá participar de forma diferente no total do acervo hereditário. O quinhão atribuível ao cônjuge será, no mínimo, igual ao dos que sucederem por cabeça e, ao mesmo tempo, não será menor que um quarto do total da herança cabível aos descendentes comuns

Para melhor compreensão, demonstrar-se, a seguir, com exemplos práticos, como se daria a repartição da herança deixada pelo *de cujus* nos diversos casos apresentados pela doutrina, o que permitirá concluir se a alternativa proposta apresenta condições de se sustentar diante das regras legais e constitucionais à luz do direito posto.

Considere-se que João e Maria, casados sob o regime da comunhão parcial, possuam um patrimônio comum avaliado em R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), entre imóveis, carros e outros bens de valor. João, por sua vez, possui um apartamento, adquirido antes do casamento com Maria, avaliado em R$ 116.000,00 (cento e dezesseis mil reais).

João vem a falecer sem deixar declarações de última vontade, deixando entre os herdeiros, o cônjuge e seis descendentes, 2 (duas) filhas de um caso extraconjugal e 4 (quatro) filhos concebidos com Maria durante o casamento. Nesta situação toda herança será deferida aos herdeiros legítimos, segundo as regras da ordem de vocação hereditária.





A primeira providência na divisão dos bens deixados pelo falecido será a individualização dos bens correspondentes à meação do cônjuge supérstite. Maria, por esta razão, receberá, por direito próprio, metade dos bens adquiridos pelo esforço comum com o falecido marido, e que, nesta hipótese, totalizam R$ 500.00,00 (quinhentos mil reais).

Após a separação da meação do cônjuge, temos, então, os bens que irão formar o acervo hereditário serão compostos por R$ 500.00,00 (quinhentos mil reais), correspondentes à meação de João no patrimônio comum com Maria, acrescido de R$ 116.000,00 (cento e dezesseis mil reais), referente ao apartamento particular de João, adquirido antes do casamento, totalizando um monte-partível a ser dividido entre os herdeiros de R$ 616.000,00 (seiscentos e dezesseis mil reais).

Para efeito de simplificação dos cálculos, seguiremos o entendimento de Maria Helena Diniz, a partir do qual, a concorrência do cônjuge sobrevivo com os descendentes do falecido, quando o regime de bens era o da comunhão parcial, e há bens particulares, se dará sobre todo acervo hereditário, neste caso específico, os seiscentos e dezesseis mil reais.

Nesta situação hipotética, há, entre os descendentes, filhos que são exclusivos do *de cujus*, como também filhos do falecido em comum com o cônjuge supérstite, configurando a situação de descendência híbrida, não regulada expressamente pelo art. 1.832 do Código Civil, conforme exposto até o presente momento.

Para a integração da norma lacunosa, e conseqüente solução ao problema apresentado, a doutrina apresenta três alternativas, com visto, que serão aplicadas ao caso concreto acima.

*1ª. Opção* – Considerar todos os descendentes como filhos comuns.

Se adotarmos esta tese, ao cônjuge, deverá ser reservada a quarta parte sobre o total do acervo hereditário, dividindo igualmente o que restar entre todos os descendentes. O cônjuge receberia um total de R$ 154.000,00 (cento e cinqüenta e quatro mil reais) em bens da herança, correspondente a um quarto do acervo hereditário.

Os descendentes, por seu turno, independentemente se exclusivos ou comuns, dividiriam o restante do monte-mor, R$ 462.000,00 (quatrocentos e sessenta e dois mil reais), cabendo a cada um dos descendentes o montante de R$ 77.000,00 (setenta e sete mil reais) em bens da herança do falecido.

*2ª. Opção* – Considerar todos os descendentes como filhos exclusivos.

Nesta opção, todos os filhos participantes da herança deverão ser classificados como descendentes exclusivos, e nesta situação, o monte-mor será dividido por cabeça entre o cônjuge e os descendentes, sem a reserva da quarta parte.

Nesta situação, todos herdeiros receberão o mesmo quinhão hereditário e será calculado dividindo o total da herança pelo número de descendentes mais um, o cônjuge. Estes cálculos totalizariam o correspondente a R$ 88.000,00 (oitenta e oito mil reais) em bens do falecido cônjuge.

*3ª. Opção* – Solução híbrida

Esta solução propõe dividir os bens do falecido entre os todos os herdeiros, descendentes e cônjuge, e, caso seja necessário, retirar a parte que faltar para completar a quota mínima do cônjuge (um quarto do acervo), da porção recebida pelos descendentes comuns.





Neste caso, o cônjuge continuaria a ter garantido seu quinhão em R$ 154.000,00 (cento e cinqüenta e quatro mil reais). As filhas, descendentes exclusivas, do *de cujus* receberiam um quinhão correspondente a R$ 88.000,00 (oitenta e oito mil reais) cada uma, enquanto cada um dos outros descendentes comuns receberiam apenas R$ 71.500,00 (setenta e um mil e quinhentos reais), pois, teriam de abdicar de parte de sua herança para completar o que faltou para o quinhão do cônjuge atingir o mínimo de um quarto do acervo hereditário.

Conforme dito anteriormente, esta é a solução que menos agrada a doutrina, pois descumpre a regra do art. 1.835 do Código Civil e o princípio constitucional que veda a discriminação entre os filhos.

*Nova Opção* – Interpretação alternativa

Analisando as alternativas anteriores, pode-se verificar que o cônjuge seria privilegiado e receberia, como herança, um valor correspondente a R$ 154.000,00 (cento e cinqüenta e quatro mil reais) na 1ª opção ou 3ª opção, ou, então, pela 2ª opção, onde não haveria privilégio algum, receberia apenas R$ 88.000,00 (oitenta e oito mil reais).

Já os descendentes exclusivos, também se sentiriam prejudicados, pois, ao invés de receberem R$ 88.000,00 (oitenta e oito mil reais), consoante a 2ª ou 3ª opção, receberiam apenas R$ 77.000,00 (setenta e seta mil reais) na 1ªopção. O mesmo se diga quanto aos filhos comuns, que, na 3ª opção, veriam seu quinhão ser reduzido para apenas R$ 71.500,00 (setenta e um mil e quinhentos reais), tendo de suportar sozinhos a reserva da quarta parte do cônjuge.

Pela proposta apresentada neste ensaio, a solução para o problema da reserva da quarta parte seria interpretar o art.

1.832/C.C de tal forma que a quarta parte do cônjuge seria considerada apenas levando em conta os descendentes comuns, ou seja, desconsiderando o quinhão recebido pelos descendentes exclusivos e a quota do cônjuge seria no mínimo igual a um quarto deste montante, e não do total do acervo hereditário.

Destarte, segundo esta proposta, cada um dos descendentes receberia R$ 84.000,00 (oitenta e quatro mil reais), o que, por esta solução, excluindo do total do acervo a parte recebida pelos dois descendentes exclusivos, as filhas do falecido, ter-se-ia um total de R$ 448.000,00 (quatrocentos e quarenta e oito mil reais).

O cônjuge, então, receberia, neste caso, R$ 112.000,00 (cento e doze mil reais), que corresponde a um quarto dos quatrocentos e quarenta e oito mil reais, respeitando, desta forma, a intenção do legislador em reservar a quarta parte da herança quando o cônjuge for ascendente dos descendentes com quem concorrer.

Comparando com as outras opções, os descendentes exclusivos não tiveram seu quinhão tão reduzido quanto na 1ª opção, garantindo uma quota-parte significativamente maior, como também o cônjuge não foi prejudicado totalmente em sua reserva da quarta parte, recebendo uma porção maior que na 2ª opção demonstrada. Ao mesmo tempo, não houve nenhuma diferenciação entre os quinhões dos descendentes exclusivos e comuns, em consonância com a regra do art. 1.835 e os princípios constitucionais.

Para efetuar os cálculos referentes aos quinhões dos herdeiros, nesta proposta, basta considerar que, se o número de descendentes comuns, entre os descendentes híbridos, for





menor ou igual a três, não haverá necessidade de reservar a quarta parte ao cônjuge, processando os cálculos por cabeça, como se todos fossem filhos exclusivos do falecido.

Em havendo mais que três descendentes comuns entre os descendentes híbridos, para se achar a quota parte cabível ao cônjuge (Qc), basta dividir o número de descendentes comuns (Dc), pelo somatório de quatro vezes o número de descendentes comuns (4xDc) mais três vezes o número de descendentes exclusivos (3x De), depois, multiplicar este resultado pelo total do acervo hereditário (H).

Exemplo:

$Qc = H \times (Dc / (4xDc + 3xDe))$

No exemplo anterior, temos um total de acervo hereditário de R$ 616.000,00, dois descendentes exclusivos e quatro descendentes comuns, utilizando a formula anterior ter-se-ia: "$Qc = 616.000 \times (4 / (4x4 + 3x2))$", resultando em uma quota-parte do cônjuge no valor de R$ 112.000,000. Após estes cálculos, para se achar a quota de cada descendente, basta dividir o que restar (*616.000,00 – 112.000,00*) pelo total de descendentes (6), o que pelos cálculos daria uma quota para cada um destes de R$ 84.000,00.

## 5 CONCLUSÃO

Por tudo o que foi dito, resta induvidosa a importância do tema para o ordenamento jurídico pátrio. Apesar das inovações apresentadas pelo legislador do Código Civil de 2002, no que se refere à sucessão do cônjuge, muitas dúvidas foram criadas com a inclusão desses dispositivos e pela má técnica legislativa utilizada, deixando uma insegurança jurídica na aplicação destas normas.

A proposta alternativa apresentada buscou interpretar a norma não de forma estanque, mas consoante o princípio constitucional da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como respeitando a intenção do legislador, concluindo que pode existir uma solução adequada a situação dos descendentes híbridos, sem que seja necessário violar nenhum preceito legal ou constitucional, como no caso de algumas das propostas doutrinárias citadas.

Esta nova interpretação considera basicamente que, a reserva da quarta parte ao cônjuge será calculada apenas no que se refere à porção da herança em que se consideram os descendentes comuns, conforme intenção original do legislador, excluindo, por conseguinte o que foi destinado aos descendentes exclusivos, os quais, ao final, receberão um quinhão igual aos descendentes comuns, consoante preceito constitucional.

Por esta alternativa hermenêutica, o cônjuge supérstite e os descendentes irão receber um quinhão que se situará entre o que eles receberiam se só houvesse descendentes comuns, ou seja, reservando-se um quarto do total do acervo hereditário, e, por outro lado, o que eles receberiam se só houvesse descendentes exclusivos do *de cujus*.

Esta nova interpretação proporcional, atende tanto aos princípios legais envolvidos, como por exemplo o da reserva de uma porção maior ao cônjuge que concorre com descendentes comuns (quarta parte), como também atende aos preceitos constitucionais da igualdade entre filhos.

Acredita-se, por fim, que esta forma de interpretação da norma está longe de ser pacífica entre a doutrina, e que, com certeza, levará algum tempo para ser amadurecida. Contudo, temos plena convicção que dentre todas as soluções até hoje apresentadas pela doutrina, esta é a que melhor se harmoniza com o sistema, trazendo, por conseguinte, um menor prejuízo às partes envolvidas.





## 6 REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. **Revista AJURIS**, v. 16, n. 45, p. 7-20 mar. 1989.

DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: uma proposta de harmonização do sistema. In: DELGADO Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). **Questões controvertidas no direito de família e das sucessões.** São Paulo: Método, p. 417-436, 2005. 3 v.

DINIZ, Maria Helena.**Curso de direito civil brasileiro.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 6 v.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família e sucessões no novo Código Civil**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2005.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; JACOB, Cristiane. A vocação hereditária e a concorrência do cônjuge com os descendentes ou ascendentes do falecido. Art. 1829, I, do Código Civil de 2002. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 409, 20 ago. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5543>. Acesso em: 20 abr. 2007.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Direitos sucessórios do cônjuge sobrevivo. **Revista brasileira de direito de família.** Porto Alegre: Síntese/IBDFam, a. 7, n. 29, p. 88-127, abr./maio 2005.

A proposta alternativa apresentada buscou interpretar a norma não de forma estanque, mas consoante o princípio constitucional da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como respeitando a intenção do legislador, concluindo que pode existir uma solução adequada a situação dos descendentes híbridos, sem que seja necessário violar nenhum preceito legal ou constitucional, como no caso de algumas das propostas doutrinárias citadas.

Esta nova interpretação considera basicamente que, a reserva da quarta parte ao cônjuge será calculada apenas no que se refere à porção da herança em que se consideram os descendentes comuns, conforme intenção original do legislador, excluindo, por conseguinte o que foi destinado aos descendentes exclusivos, os quais, ao final, receberão um quinhão igual aos descendentes comuns, consoante preceito constitucional.

Por esta alternativa hermenêutica, o cônjuge supérstite e os descendentes irão receber um quinhão que se situará entre o que eles receberiam se só houvesse descendentes comuns, ou seja, reservando-se um quarto do total do acervo hereditário, e, por outro lado, o que eles receberiam se só houvesse descendentes exclusivos do *de cujus*.

Esta nova interpretação proporcional, atende tanto aos princípios legais envolvidos, como por exemplo o da reserva de uma porção maior ao cônjuge que concorre com descendentes comuns (quarta parte), como também atende aos preceitos constitucionais da igualdade entre filhos.

Acredita-se, por fim, que esta forma de interpretação da norma está longe de ser pacífica entre a doutrina, e que, com certeza, levará algum tempo para ser amadurecida. Contudo, temos plena convicção que dentre todas as soluções até hoje apresentadas pela doutrina, esta é a que melhor se harmoniza com o sistema, trazendo, por conseguinte, um menor prejuízo às partes envolvidas.





## 6 REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. **Revista AJURIS**, v. 16, n. 45, p. 7-20 mar. 1989.

DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: uma proposta de harmonização do sistema. In: DELGADO Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). **Questões controvertidas no direito de família e das sucessões.** São Paulo: Método, p. 417-436, 2005. 3 v.

DINIZ, Maria Helena.**Curso de direito civil brasileiro.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 6 v.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família e sucessões no novo Código Civil**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2005.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; JACOB, Cristiane. A vocação hereditária e a concorrência do cônjuge com os descendentes ou ascendentes do falecido. Art. 1829, I, do Código Civil de 2002. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 409, 20 ago. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5543>. Acesso em: 20 abr. 2007.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Direitos sucessórios do cônjuge sobrevivo. **Revista brasileira de direito de família.** Porto Alegre: Síntese/IBDFam, a. 7, n. 29, p. 88-127, abr./maio 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4093>. Acesso em: 11 mai. 2007.

_____. O Sistema de vocação concorrente do cônjuge e/ou do companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos brasileiro e italiano. **Revista brasileira de direito de família,** Porto Alegre: Síntese/IBDFam, a. 7, n. 29, p. 45-87, abr./maio 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil.** 05 jan 2002. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=64>. Acesso em: 11 jun. 2007.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária, revista e atualizada.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições do direito civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 6 v.

VELOSO, Zeno. Sucessão do cônjuge no novo Código Civil. FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004. p. 531-536.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 7 v.



# A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: Uma análise a partir da responsabilização da administração pública por encargos trabalhistas

*Paulo Hibernon Pessoa Gouveia de Melo*
Médico. Bacharel em Direito. Auditor das Contas Públicas para área da Saúde, do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco – TCE.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A MUDANÇA DE PARADIGMA NO DIREITO ADMINIS-TRATIVO. 4 OS ENCARGOS TRABALHISTAS DECORRENTES DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS E A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 4.1 Argumentos pela não responsabilização da Administração Pública. 4.2 Argumentos pela responsabilização da Administração Pública. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

No âmbito da Administração Pública, a terceirização de serviços vem sendo adotada como um dos meios de modernização da estrutura estatal no intuito de se obter a diminuição da máquina administrativa. O Estado é induzido a

desobrigar-se da realização de tarefas executivas, instrumentais, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta mediante contrato.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST), por meio da Resolução nº. 96, de 11 de setembro de 2000, introduziu nova redação ao inciso IV da Súmula TST nº. 331 para responsabilizar subsidiariamente os órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador em contratos de terceirização com a Administração Pública.

Esse posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho em responsabilizar, subsidiariamente, a Administração Pública pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas por parte da empresa terceirizada tem gerado forte dissenso doutrinário e também jurisprudencial.

Alguns doutrinadores afirmam que o Estado teve afastada sua responsabilidade por dívidas trabalhistas e de outras naturezas, resultantes do inadimplemento do contratado, em virtude do disposto no § 1º do art. 71 da Lei nº. 8.666/93, enquanto que para outros, essa norma contida na Lei de Licitações e Contratos afronta a tradição constitucional do país e texto expresso da Constituição da República de 1988, e que, portanto, norma inconstitucional não deve produzir efeitos.

Propomos uma análise da questão tomando como premissa a vinculação do direito administrativo à juridicidade, tendo como cerne a Constituição e não mais a lei, e a efetivação dos direitos fundamentais, e buscando uma solução a partir da utilização da técnica da Ponderação de Interesses instrumentalizada pelo Princípio da Proporcionalidade.





## 2 A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Primeira Guerra Mundial e a Depressão de 1929 foram os marcos da crise do Estado Liberal no século XX. Surgiu, então, uma nova forma de Estado, que assumiu um papel decisivo na promoção do desenvolvimento econômico e social. A partir desse momento, o Estado passou a desempenhar um papel estratégico na coordenação da economia capitalista, promovendo poupança forçada, impulsionando o desenvolvimento econômico, corrigindo as distorções do mercado e garantindo uma distribuição de renda mais igualitária, constituindo o Estado de Bem-Estar Social.

No entanto, nos últimos 20 anos, esse modelo mostrou-se superado em virtude de distorções oriundas da tendência de se utilizar do Estado em benefício de grupos econômicos e de pessoas, e, também, do rápido desenvolvimento tecnológico e da globalização da economia mundial, que tornaram a competição entre as nações muito mais aguda.

De acordo com Bresser Pereira, a crise do Estado define-se, então, como:

(1) uma crise fiscal, caracterizada pela crescente perda do crédito por parte do Estado e pela poupança pública que se torna negativa;

(2) o esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado, a qual se reveste de várias formas: o Estado do bem-estar social nos países desenvolvidos, a estratégia de substituição de importações no terceiro mundo, e o estatismo nos países comunistas; e

(3) a superação da forma de administrar o Estado, isto é, a superação da administração pública burocrática [1]. Em sua visão, torna-se inadiável, dentre outras medidas, a reforma do aparelho do Estado, visando a aumentar sua capacidade de programar de forma eficiente as políticas públicas.

Neste contexto de mudanças, o processo empreendido recebeu da doutrina denominações as mais variadas como liberalização, desregulamentação, desestatização e privatização[2]. Esta última denominação tornou-se mais comum.

No entanto, o termo privatização abrange uma acepção ampla e outra restrita. Para Maria Sylvia Zanela Di Pietro, privatização, em seu sentido amplo designa todos os instrumentos de que o Estado se serve para reduzir o tamanho de seu aparelhamento administrativo: a quebra de monopólios, para tornar competitivas atividades que vinham sendo exercidas com exclusividade pelo poder público; a delegação de serviços públicos ao particular, pelos institutos da autorização, permissão e concessão de serviços públicos; a parceria com entidades públicas ou privadas para a gestão associada de serviços públicos ou serviços de utilidade pública, por meio de convênios, consórcios e contratos de gestão; e o **instituto da terceirização** para buscar a colaboração de entidades privadas no desempenho de atividades-meio da Administração[3].

A autora inclui, então, a terceirização como um dos institutos pelos quais a Administração Pública moderna busca a parceria com o setor privado para a realização de suas atividades, constituindo-se uma das formas de privatização (em sentido amplo) de que vem se socorrendo[4].

[1] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser.. Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estado. MARE (Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado). Brasília: Brasília: Presidência da República. Imprensa Oficial, 1995. Disponível em < http://www.bresserpereira.org.br/ver_file.asp?id=121 >. Acesso em: 01 set. 2006.

[2] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**, p.248.

[3] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**, p.47.





No contexto do direito administrativo, o termo terceirização pode, também, ser tomado em duas acepções, uma ampla e outra restrita. Na acepção ampla, e imprecisa, o termo é utilizado para fazer referência às variadas formas de introdução do particular na prestação de serviços públicos.

Assim, seriam terceirização as variadas formas de concessão de serviços públicos, bem como as diferentes técnicas que a transformação do Estado tem introduzido, como a gestão de serviços públicos por Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, Cooperativas, entre outras.

Na acepção restrita, o termo terceirização refere à prestação de serviços, ou locação de serviços, disciplinada pela Lei nº. 8.666/93, mediante contrato firmado entre a Administração Pública e um particular, que tem por objeto determinada atividade que não é atribuída ao Estado como serviço público e que ele exerce apenas em caráter acessório ou complementar a sua atividade-fim (o serviço público) [5].

O prestador de serviços é simples executor material, não lhe sendo transferidos poderes públicos. A Lei de Licitações e Contratos, em seu art. 6º, inciso II, ao estabelecer serviços passíveis de licitação e contratação pela Administração Pública, define-os como toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais

[4] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Idem, p.228.

[5] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Idem, p.239.

como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais (este elenco é de caráter meramente exemplificativo, como se depreende do uso da expressão "tais como"). Constitui-se, portanto, em diploma legal autorizador da contratação junto a terceiros de serviços necessários ao desenvolvimento das atividades administrativas.

É essencial a distinção entre terceirização lícita e ilícita. De acordo com Armando de Souza Prado, há três modalidades de terceirização com características e finalidades distintas: tradicional, de risco e com parceria. Na primeira modalidade, o preço é decisivo para a transferência, o que ocasiona algumas distorções, entre as quais o descumprimento de obrigações trabalhistas como fonte de renda e taxa de administração incompatível com os custos operacionais, salários pagos e encargos sociais.

Na segunda modalidade, observa-se a transferência de obrigações trabalhistas através da concentração intermediada por terceiros, visando a mascarar a relação de emprego. Na terceira modalidade, a empresa contratada é legalmente constituída para atuar no ramo da atividade terceirizada e deve possuir capacidade técnica e administrativa para executar o serviço, sem a necessidade de interferência do parceiro contratante, a mão-de-obra operacional é especializada, adequadamente remunerada, subordinando-se exclusivamente à empresa contratada, com os direitos trabalhistas respeitados, atuando motivadamente e produzindo com a qualidade esperada[6].

[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Idem, p. 229-230.





No âmbito da Administração Pública, os Tribunais de Contas, em decisões reiteradas, vêm fixando os limites aplicáveis à adoção do processo de terceirização. Neste contexto, destaque-se o Acórdão nº. 593/2005:

> **TCU - Terceirização de serviços - motivação - comprovação de que o serviço não é inerente às categorias funcionais públicas - ausência dos elementos de subordinação e pessoalidade.**
> (...)
> Portanto, para que a terceirização possa ser considerada legal, deverá o Administrador motivar suficientemente o seu ato, demonstrando que a terceirização pretendida reveste-se, efetivamente, de um contrato de prestação de serviço enquadrável nas previsões da Lei 8.666/93, sem subordinação e pessoalidade, uma vez que a Administração deseja realmente um serviço e não intermediação de mão-de-obra; deverá também deixar claro que não será terceirizada atividade-fim do órgão, ou entidade, e que a atividade a ser terceirizada não se insere entre as atividades próprias, típicas e fundamentais de Estado; deverá, igualmente, comprovar que a atividade a ser terceirizada não é inerente às categorias funcionais abrangidas por planos de cargos e salários do órgão ou atividade terceirizante.
> (...)
> 7. A contratação de terceirizados para a consecução de funções essenciais e próprias do órgão ou para a execução de atividades inerentes às suas categorias funcionais, bem como a presença de elementos de subordinação e pessoalidade culminam em manifesta burla ao disposto no art. 37, inciso II, da CF/88, que estabelece a exigência de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público. (Acórdão nº. 593/2005 - 1ª Câmara, Relator: Augusto Sherman Cavalcanti, Data: 05.04.2005; Fonte: DOU nº. 70, de 13.04.2005).

Portanto, a Administração deverá deixar caracterizado que a terceirização refere a um serviço e não à intermediação de mão-de-obra, não envolvendo atividade-fim da entidade, ou atividades típicas de Estado, e não abranger categorias funcionais previstas no seu plano de cargos e salários.

No tocante à responsabilidade da Administração Pública, o Direito Administrativo afastou-a ao estabelecer na Lei de Licitações e Contratos, art.71, §1°, que *"A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas (...) não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento"*. No entanto, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula TST nº. 331, inciso IV, estabeleceu a responsabilidade subsidiária do ente público pelas obrigações trabalhistas quando do inadimplemento por parte do empregador, colidindo frontalmente com o referido dispositivo legal. Este posicionamento tem gerado forte dissenso doutrinário e também jurisprudencial.

## 3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A MUDANÇA DE PARADIGMA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Algumas considerações necessitam ser feitas em relação ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Gustavo Binenbojm, discorrendo acerca da crise dos paradigmas do direito administrativo e da emergência de um novo modelo teórico, aponta três paradigmas clássicos desse ramo do direito, que fizeram carreira no Brasil, e que, na atualidade, são amplamente questionados, quais sejam:

1) o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado,

2) o da legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, e





3) a intangibilidade do mérito administrativo[7]. Para o autor, a constitucionalização do direito administrativo leva à adoção dos sistemas de direitos fundamentais e de democracia como vetores axiológicos a pautar a atuação da Administração Pública, e acrescenta:

> Tais vetores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, (I) ao se situarem acima e para além da lei, (II) vincularem juridicamente o conceito de interesse público e (III) estabelecerem balizas principiológicas para o exercício da discricionariedade administrativa, fazem ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo.
>
> Assim tem-se que:
>
> (I) a Constituição, e não mais a lei, passa a se situar no cerne da vinculação administrativa à juridicidade;
>
> (II) a definição do que é interesse público, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados; (...)

Afirma, ainda, que o direito administrativo não tem mais como ser explicado a partir de um postulado de supremacia, mas sim de proporcionalidade, pois não é possível extrair o princípio da supremacia do interesse público da análise do conjunto normativo constitucional, que confere ampla proteção aos interesses particulares. Aceitá-lo como norma

[7] SARMENTO, Daniel (org.). **Interesse público versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**, p. 126-127.

Portanto, a Administração deverá deixar caracterizado que a terceirização refere a um serviço e não à intermediação de mão-de-obra, não envolvendo atividade-fim da entidade, ou atividades típicas de Estado, e não abranger categorias funcionais previstas no seu plano de cargos e salários.

No tocante à responsabilidade da Administração Pública, o Direito Administrativo afastou-a ao estabelecer na Lei de Licitações e Contratos, art.71, §1°, que *"A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas (...) não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento"*. No entanto, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula TST nº. 331, inciso IV, estabeleceu a responsabilidade subsidiária do ente público pelas obrigações trabalhistas quando do inadimplemento por parte do empregador, colidindo frontalmente com o referido dispositivo legal. Este posicionamento tem gerado forte dissenso doutrinário e também jurisprudencial.

## 3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A MUDANÇA DE PARADIGMA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Algumas considerações necessitam ser feitas em relação ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Gustavo Binenbojm, discorrendo acerca da crise dos paradigmas do direito administrativo e da emergência de um novo modelo teórico, aponta três paradigmas clássicos desse ramo do direito, que fizeram carreira no Brasil, e que, na atualidade, são amplamente questionados, quais sejam:

1) o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado,

2) o da legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, e





3) a intangibilidade do mérito administrativo[7]. Para o autor, a constitucionalização do direito administrativo leva à adoção dos sistemas de direitos fundamentais e de democracia como vetores axiológicos a pautar a atuação da Administração Pública, e acrescenta:

> Tais vetores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, (I) ao se situarem acima e para além da lei, (II) vincularem juridicamente o conceito de interesse público e (III) estabelecerem balizas principiológicas para o exercício da discricionariedade administrativa, fazem ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo.
>
> Assim tem-se que:
>
> (I) a Constituição, e não mais a lei, passa a se situar no cerne da vinculação administrativa à juridicidade;
>
> (II) a definição do que é interesse público, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados; (...)

Afirma, ainda, que o direito administrativo não tem mais como ser explicado a partir de um postulado de supremacia, mas sim de proporcionalidade, pois não é possível extrair o princípio da supremacia do interesse público da análise do conjunto normativo constitucional, que confere ampla proteção aos interesses particulares. Aceitá-lo como norma

[7] SARMENTO, Daniel (org.). **Interesse público versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**, p. 126-127.

princípio é deixar subsistir a contrariedade sistêmica que representa e afrontar a constante busca pela unidade constitucional[8].

Em sua visão, como a Lei Maior é orientada sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana, torna-se necessário estabelecer proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado frente aos interesses gerais promovidos pelo Estado. E observa que a proteção de um interesse privado, constitucionalmente consagrado, ainda que parcialmente, pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público.

Conclui sua argumentação afirmando que um privilégio instituído em favor da Administração Pública será constitucionalmente legítimo, quando a discriminação for apta a viabilizar o cumprimento pelo Estado dos fins que lhes foram cometidos pela Constituição ou pela Lei, e que esta discriminação limite-se ao estritamente necessário e exigível para tal, devendo o sacrifício imposto à isonomia ser amplamente compensado pela utilidade gerada, considerando-se os custos para os particulares e os benefícios para a coletividade como um todo.

Portanto, os interesses privados consistem em uma parte do interesse público, e, muitas vezes, conforme leciona Luís Roberto Barroso, o interesse público só se consuma com a plena satisfação dos interesses privados, principalmente quando protegidos por uma cláusula de direito fundamental.

[8] SARMENTO, Daniel (org.). Idem, p.141.





## 4 OS ENCARGOS TRABALHISTAS DECORRENTES DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS E A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 4.1 Argumentos pela não responsabilização da Administração Pública

Diversos são os argumentos que objetivam excluir a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento de encargos trabalhistas por parte das empresas com as quais contrata a terceirização de serviços.

Alega-se não poder a Administração Pública responsabilizar-se por uma relação que ocorre entre uma empresa prestadora de serviço e seus empregados, e fundamenta-se essa impossibilidade no Princípio da Legalidade, previsto constitucionalmente, que restaria ferido caso desrespeitada a norma constante da Lei 8.666/93, art. 71, § 1º[9]. Como os contratos firmados entre o Poder Público contratante e as pessoas jurídicas contratadas para a execução indireta de atividade-meio da Administração (desde que não compreendidas nas categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do órgão ou entidade) possuem natureza administrativa, os mesmos são alcançados pela Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.

Esta estabelece no § 1º do seu art. 71 que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não transfere à Administração Pública a res-

[9] MOURA, Leonardo Jubé de. Responsabilidade subsidiária dos entes da administração por débitos trabalhistas. Súmula 331/TST. Ilegalidade e inconstitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2949>. Acesso em: 02 set. 2006.

ponsabilidade por seu pagamento. Há quem entenda haver, por parte da Súmula TST nº. 331, violação de preceitos fundamentais da Carta Magna, quais sejam os consagrados no art. 2º (o Princípio da Tripartição dos Poderes), no art.5º, II (Princípio da Legalidade) e no art. 37, *caput*, (Princípio da Legalidade estrita), tornando-se cabível Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) [10].

Alega-se, também, que a referida Súmula, ao estender à Administração essa responsabilidade, afronta toda construção jurídica administrativo-constitucional vigente no sentido da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Katarina Rocha Brandão, Procuradora Federal no Estado da Bahia, afirma que a responsabilização subsidiária do tomador de serviços justifica-se em função do Princípio Protetor, mas quando se trata de ente público, os princípios da legalidade e do interesse público sobrepõem-se àquele.

Em sua opinião, a coletividade não pode arcar com direitos trabalhistas individuais, uma vez que o interesse privado não pode prevalecer sobre o interesse público[11]. Portanto, é comum o argumento de que os direitos de empregados de terceiros, ainda que contratados pelo Poder Público no interesse da coletividade, não poderia prevalecer frente a esse interesse coletivo, tutelado pela Administração, a quem, inclusive, se conferem prerrogativas especiais a fim de alcançar tal desiderato. Essa tem sido a linha de argumentação de alguns

[10] RODRIGUES, Fábio Luís de Araújo. O inciso IV do Súmula nº. 331 do TST como ato violador de preceito fundamental da Constituição Federal. **Revista Jurídica do Ministério da Defesa**, v.1, n.2, p.105-108, mar. 2005.

[11] BRANDÃO, Katarina Rocha. Responsabilidade subsidiária dos entes públicos por débitos trabalhistas de empresas terceirizadas: a ilegal aplicação da súmula 331, IV, do TST, p. 6. Disponível em< https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_VI_abril_2006/ResponsabilidadeSubsid_KatarinaAzevedo.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2006.





doutrinadores, sobressaindo-se como a tese prevalente em alguns julgados:

> A empresa integrante da Administração Pública não responde subsidiariamente pelos débitos trabalhistas da firma prestadora de serviços legalmente contratada. Na espécie, o princípio tutelar que orienta as relações de trabalho cede lugar a outro princípio maior, segundo o qual o interesse público se sobrepõe ao privado. Ref.: art. 114 da CF/88; art. 3º da CLT; Dec.-lei nº. 200/67; art. 71 da Lei 8.666/93; En. nº. 331/TST. (TRT, 3ª R..RO nº. 11765/96, 1ª T., rel. Juiz Fernando Antônio de Menezes Lopes, DJMG DE 7.3.1997) (grifamos).

Também, não estariam os entes públicos em condições de igualdade com as pessoas jurídicas de direito privado, não cabendo a reclamação da aplicação do Princípio da Isonomia na solução desses casos de inadimplemento de obrigações trabalhistas.

Sustenta-se, para afastar a hipótese de culpa *in eligendo*, que a Administração, em virtude do procedimento licitatório a que está vinculada, procede à escolha de acordo com critérios objetivos de julgamento, não havendo a possibilidade de eleger o contratado. Em relação à hipótese de culpa *in vigilando*, argumenta-se que a lei não exige comprovação quanto ao cumprimento de encargos trabalhistas, prevendo apenas a comprovação de regularidade relativa aos encargos sociais instituídos por lei – seguridade social e FGTS[12]. No tocante a tais argumentos, a Procuradora do Estado de São Paulo, Dora Maria de Oliveira Ramos, faz as seguintes considerações:

[12] BRANDÃO, Katarina Rocha. **Responsabilidade subsidiária dos entes públicos por débitos trabalhistas de empresas terceirizadas**: a ilegal aplicação da súmula 331, IV, do TST, p. 4.

ponsabilidade por seu pagamento. Há quem entenda haver, por parte da Súmula TST nº. 331, violação de preceitos fundamentais da Carta Magna, quais sejam os consagrados no art. 2º (o Princípio da Tripartição dos Poderes), no art.5º, II (Princípio da Legalidade) e no art. 37, *caput*, (Princípio da Legalidade estrita), tornando-se cabível Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) [10].

Alega-se, também, que a referida Súmula, ao estender à Administração essa responsabilidade, afronta toda construção jurídica administrativo-constitucional vigente no sentido da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Katarina Rocha Brandão, Procuradora Federal no Estado da Bahia, afirma que a responsabilização subsidiária do tomador de serviços justifica-se em função do Princípio Protetor, mas quando se trata de ente público, os princípios da legalidade e do interesse público sobrepõem-se àquele.

Em sua opinião, a coletividade não pode arcar com direitos trabalhistas individuais, uma vez que o interesse privado não pode prevalecer sobre o interesse público[11]. Portanto, é comum o argumento de que os direitos de empregados de terceiros, ainda que contratados pelo Poder Público no interesse da coletividade, não poderia prevalecer frente a esse interesse coletivo, tutelado pela Administração, a quem, inclusive, se conferem prerrogativas especiais a fim de alcançar tal desiderato. Essa tem sido a linha de argumentação de alguns

[10] RODRIGUES, Fábio Luís de Araújo. O inciso IV do Súmula nº. 331 do TST como ato violador de preceito fundamental da Constituição Federal. **Revista Jurídica do Ministério da Defesa**, v.1, n.2, p.105-108, mar. 2005.

[11] BRANDÃO, Katarina Rocha. Responsabilidade subsidiária dos entes públicos por débitos trabalhistas de empresas terceirizadas: a ilegal aplicação da súmula 331, IV, do TST, p. 6. Disponível em< https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_VI_abril_2006/ResponsabilidadeSubsid_KatarinaAzevedo.pdf.>. Acesso em :15 jun. 2006.





doutrinadores, sobressaindo-se como a tese prevalente em alguns julgados:

> A empresa integrante da Administração Pública não responde subsidiariamente pelos débitos trabalhistas da firma prestadora de serviços legalmente contratada. Na espécie, o princípio tutelar que orienta as relações de trabalho cede lugar a outro princípio maior, segundo o qual o interesse público se sobrepõe ao privado. Ref.: art. 114 da CF/88; art. 3º da CLT; Dec.-lei nº. 200/67; art. 71 da Lei 8.666/93; En. nº. 331/TST. (TRT, 3ª R..RO nº. 11765/96, 1ª T., rel. Juiz Fernando Antônio de Menezes Lopes, DJMG DE 7.3.1997) (grifamos).

Também, não estariam os entes públicos em condições de igualdade com as pessoas jurídicas de direito privado, não cabendo a reclamação da aplicação do Princípio da Isonomia na solução desses casos de inadimplemento de obrigações trabalhistas.

Sustenta-se, para afastar a hipótese de culpa *in eligendo*, que a Administração, em virtude do procedimento licitatório a que está vinculada, procede à escolha de acordo com critérios objetivos de julgamento, não havendo a possibilidade de eleger o contratado. Em relação à hipótese de culpa *in vigilando*, argumenta-se que a lei não exige comprovação quanto ao cumprimento de encargos trabalhistas, prevendo apenas a comprovação de regularidade relativa aos encargos sociais instituídos por lei – seguridade social e FGTS[12]. No tocante a tais argumentos, a Procuradora do Estado de São Paulo, Dora Maria de Oliveira Ramos, faz as seguintes considerações:

[12] BRANDÃO, Katarina Rocha. **Responsabilidade subsidiária dos entes públicos por débitos trabalhistas de empresas terceirizadas**: a ilegal aplicação da súmula 331, IV, do TST, p. 4.

ponsabilidade por seu pagamento. Há quem entenda haver, por parte da Súmula TST nº. 331, violação de preceitos fundamentais da Carta Magna, quais sejam os consagrados no art. 2º (o Princípio da Tripartição dos Poderes), no art.5º, II (Princípio da Legalidade) e no art. 37, *caput*, (Princípio da Legalidade estrita), tornando-se cabível Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) [10].

Alega-se, também, que a referida Súmula, ao estender à Administração essa responsabilidade, afronta toda construção jurídica administrativo-constitucional vigente no sentido da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Katarina Rocha Brandão, Procuradora Federal no Estado da Bahia, afirma que a responsabilização subsidiária do tomador de serviços justifica-se em função do Princípio Protetor, mas quando se trata de ente público, os princípios da legalidade e do interesse público sobrepõem-se àquele.

Em sua opinião, a coletividade não pode arcar com direitos trabalhistas individuais, uma vez que o interesse privado não pode prevalecer sobre o interesse público[11]. Portanto, é comum o argumento de que os direitos de empregados de terceiros, ainda que contratados pelo Poder Público no interesse da coletividade, não poderia prevalecer frente a esse interesse coletivo, tutelado pela Administração, a quem, inclusive, se conferem prerrogativas especiais a fim de alcançar tal desiderato. Essa tem sido a linha de argumentação de alguns

[10] RODRIGUES, Fábio Luís de Araújo. O inciso IV do Súmula nº. 331 do TST como ato violador de preceito fundamental da Constituição Federal. **Revista Jurídica do Ministério da Defesa**, v.1, n.2, p.105-108, mar. 2005.

[11] BRANDÃO, Katarina Rocha. Responsabilidade subsidiária dos entes públicos por débitos trabalhistas de empresas terceirizadas: a ilegal aplicação da súmula 331, IV, do TST, p. 6. Disponível em< https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_VI_abril_2006/ResponsabilidadeSubsid_KatarinaAzevedo.pdf.>. Acesso em :15 jun. 2006.





doutrinadores, sobressaindo-se como a tese prevalente em alguns julgados:

> A empresa integrante da Administração Pública não responde subsidiariamente pelos débitos trabalhistas da firma prestadora de serviços legalmente contratada. Na espécie, o princípio tutelar que orienta as relações de trabalho cede lugar a outro princípio maior, segundo o qual o interesse público se sobrepõe ao privado. Ref.: art. 114 da CF/88; art. 3º da CLT; Dec.-lei nº. 200/67; art. 71 da Lei 8.666/93; En. nº. 331/TST. (TRT, 3ª R..RO nº. 11765/96, 1ª T., rel. Juiz Fernando Antônio de Menezes Lopes, DJMG DE 7.3.1997) (grifamos).

Também, não estariam os entes públicos em condições de igualdade com as pessoas jurídicas de direito privado, não cabendo a reclamação da aplicação do Princípio da Isonomia na solução desses casos de inadimplemento de obrigações trabalhistas.

Sustenta-se, para afastar a hipótese de culpa *in eligendo*, que a Administração, em virtude do procedimento licitatório a que está vinculada, procede à escolha de acordo com critérios objetivos de julgamento, não havendo a possibilidade de eleger o contratado. Em relação à hipótese de culpa *in vigilando*, argumenta-se que a lei não exige comprovação quanto ao cumprimento de encargos trabalhistas, prevendo apenas a comprovação de regularidade relativa aos encargos sociais instituídos por lei – seguridade social e FGTS[12]. No tocante a tais argumentos, a Procuradora do Estado de São Paulo, Dora Maria de Oliveira Ramos, faz as seguintes considerações:

[12] BRANDÃO, Katarina Rocha. **Responsabilidade subsidiária dos entes públicos por débitos trabalhistas de empresas terceirizadas**: a ilegal aplicação da súmula 331, IV, do TST, p. 4.

ponsabilidade por seu pagamento. Há quem entenda haver, por parte da Súmula TST nº. 331, violação de preceitos fundamentais da Carta Magna, quais sejam os consagrados no art. 2º (o Princípio da Tripartição dos Poderes), no art.5º, II (Princípio da Legalidade) e no art. 37, *caput*, (Princípio da Legalidade estrita), tornando-se cabível Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) [10].

Alega-se, também, que a referida Súmula, ao estender à Administração essa responsabilidade, afronta toda construção jurídica administrativo-constitucional vigente no sentido da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Katarina Rocha Brandão, Procuradora Federal no Estado da Bahia, afirma que a responsabilização subsidiária do tomador de serviços justifica-se em função do Princípio Protetor, mas quando se trata de ente público, os princípios da legalidade e do interesse público sobrepõem-se àquele.

Em sua opinião, a coletividade não pode arcar com direitos trabalhistas individuais, uma vez que o interesse privado não pode prevalecer sobre o interesse público[11]. Portanto, é comum o argumento de que os direitos de empregados de terceiros, ainda que contratados pelo Poder Público no interesse da coletividade, não poderia prevalecer frente a esse interesse coletivo, tutelado pela Administração, a quem, inclusive, se conferem prerrogativas especiais a fim de alcançar tal desiderato. Essa tem sido a linha de argumentação de alguns

[10] RODRIGUES, Fábio Luis de Araújo. O inciso IV do Súmula nº. 331 do TST como ato violador de preceito fundamental da Constituição Federal. **Revista Jurídica do Ministério da Defesa**, v.1, n.2, p.105-108, mar. 2005.

[11] BRANDÃO, Katarina Rocha. Responsabilidade subsidiária dos entes públicos por débitos trabalhistas de empresas terceirizadas: a ilegal aplicação da súmula 331, IV, do TST, p. 6. Disponivel em< https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_VI_abril_2006/ResponsabilidadeSubsid_KatarinaAzevedo.pdf.>. Acesso em :15 jun. 2006.





doutrinadores, sobressaindo-se como a tese prevalente em alguns julgados:

> A empresa integrante da Administração Pública não responde subsidiariamente pelos débitos trabalhistas da firma prestadora de serviços legalmente contratada. Na espécie, o princípio tutelar que orienta as relações de trabalho cede lugar a outro princípio maior, segundo o qual o interesse público se sobrepõe ao privado. Ref.: art. 114 da CF/88; art. 3º da CLT; Dec.-lei nº. 200/67; art. 71 da Lei 8.666/93; En. nº. 331/TST. (TRT, 3ª R..RO nº. 11765/96, 1ª T., rel. Juiz Fernando Antônio de Menezes Lopes, DJMG DE 7.3.1997) (grifamos).

Também, não estariam os entes públicos em condições de igualdade com as pessoas jurídicas de direito privado, não cabendo a reclamação da aplicação do Princípio da Isonomia na solução desses casos de inadimplemento de obrigações trabalhistas.

Sustenta-se, para afastar a hipótese de culpa *in eligendo*, que a Administração, em virtude do procedimento licitatório a que está vinculada, procede à escolha de acordo com critérios objetivos de julgamento, não havendo a possibilidade de eleger o contratado. Em relação à hipótese de culpa *in vigilando*, argumenta-se que a lei não exige comprovação quanto ao cumprimento de encargos trabalhistas, prevendo apenas a comprovação de regularidade relativa aos encargos sociais instituídos por lei – seguridade social e FGTS[12]. No tocante a tais argumentos, a Procuradora do Estado de São Paulo, Dora Maria de Oliveira Ramos, faz as seguintes considerações:

[12] BRANDÃO, Katarina Rocha. **Responsabilidade subsidiária dos entes públicos por débitos trabalhistas de empresas terceirizadas**: a ilegal aplicação da súmula 331, IV, do TST, p. 4.

> De outra forma, a princípio, não há que se falar em culpa in vigilando e/ou culpa in eligendo, **uma vez ausente o dever de fiscalização do tomador do serviço, quanto ao cumprimento das obrigações sociais do prestador, fora das hipóteses previstas no ordenamento jurídico**. No campo das obrigações de caráter previdenciário, há a norma do artigo 31 da Lei nº. 8.212/91, com a redação introduzida pela Lei nº. 9.711/98, que impõe o dever de retenção do valor das contribuições previdenciárias nas faturas pagas ao prestador do serviço e conseqüente recolhimento aos cofres públicos. No tocante às verbas salariais, no entanto, não existe a obrigação de fiscalizar. No âmbito dos ajustes firmados pela Administração Pública, a matéria é regulada pelo art. 71 da Lei de Licitações (Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993), que dispõe ser obrigação da contratada o adimplemento das obrigações de caráter trabalhista, previdenciário, fiscal e comercial, não se admitindo o repasse à Administração das conseqüências de seu inadimplemento[13]. (Grifamos).

Ainda segundo a autora, a responsabilidade do Estado deve limitar-se apenas à hipótese de terceirização ilícita, ou seja, quando presentes a pessoalidade, a subordinação, e demais elementos da relação de emprego, configurando-se a fraude de que trata o art. 9º da CLT.

Maria Celina Costa de Almeida argumenta que as decisões proferidas pela Justiça do Trabalho que impõem à Administração Pública a condenação, ainda que subsidiária, por pagamento de verbas contratuais trabalhistas pelas empresas

[13] RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **A terceirização na administração pública**, p. 146.





contratadas a seu pessoal empregado são proferidas à margem do Direito brasileiro, não só por contrariarem expressamente a Lei nº. 8.666/93, mas, sobretudo, porque não se trata da aplicação do § 6º do art. 37 da Constituição da República de 1988.

Argumenta que a norma constitucional refere-se à prestação de serviço público, e na hipótese em discussão, o contrato firmado entre a Administração Pública e o contratado, prestador de serviços, não tem por objeto a execução de serviços públicos, nos termos da Lei federal nº. 8.987/95 (Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos), mas sim a execução indireta de atividades-meio por terceiros da iniciativa privada, não sendo, portanto, possível aplicação da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado[14].

## 4.2 Argumentos pela responsabilização da Administração Pública

Ao lado dos argumentos contrários à responsabilização da Administração Pública, coloca-se outra corrente doutrinária contrapondo-se a esses argumentos e defendendo a tese da plena aplicação da Súmula nº. 331 do TST.

Maurício Godinho Delgado defende a aplicação da responsabilidade subsidiária aos entes da Administração Pública, porque, em sua opinião, a Lei de Licitações e Contratos no art. 71, § 1º, desrespeita o clássico preceito constitucional responsabilizatório das entidades estatais, estabelecido no art. 37, § 6º da Carta Magna, que responsabiliza o Estado por

[14] ALMEIDA, Maria Celina Costa de. **Da ausência de responsabilidade extracontratual da administração pública contratante por verbas trabalhistas devidas pelas contratadas e seus empregados**: uma análise doutrinária, normativa e jurisdicional, p.635-646.

atos de seus agentes, inclusive pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Portanto, para o autor esse privilégio é flagrantemente inconstitucional[15].

Inclusive, Delgado defende que, mesmo se entendendo o não cabimento da responsabilidade objetiva do Estado, não se poderia negar a validade da incidência da responsabilidade subjetiva da entidade estatal terceirizante, pois mesmo não se admitindo a culpa *in eligendo* como uma das dimensões da culpa, incidiria outra dimensão, ou seja, a culpa *in vigilando* por má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos.

Marcelo Papaléo de Souza afirma haver um equívoco quando se fundamenta a responsabilidade do tomador de serviços na culpa *in vigilando* ou na culpa *in eligendo*, posto que estas se relacionam a responsabilidade subjetiva, decorrente de ato ilícito[16].

Em sua visão, a responsabilidade assentada na Súmula TST nº. 331 é de natureza objetiva, não cabendo ilações acerca de culpa, ou ato ilícito, sendo o tomador de serviços responsável subsidiário pelos direitos reconhecidos ao trabalhador da prestadora de serviços em virtude de se beneficiar diretamente dos serviços destes, pela responsabilidade objetiva decorrente do risco proveito[17].

Ao tecer comentários específicos acerca da responsabilidade da Administração Pública, que se escusa invocando a

[15] DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 459.

[16] SOUZA, Marcelo Papaléo de . Responsabilidade objetiva do tomador de serviços – Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**, n. 32, p. 94.

[17] SOUZA, Marcelo Papaléo de. Idem, p. 95.





norma consignada no art. 71 da Lei nº. 8.666/93, o autor chama a atenção que o sistema jurídico deve ser compreendido como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, evitando-se ou superando-se antinomias, acrescentando:

> Imprescindível, portanto, proceder a distinção entre princípios e normas. Por princípios entende-se o critério ou diretriz basilar do sistema jurídico, que se traduz numa disposição hierarquicamente superior, em termos axiológicos, em relação às normas, sendo linhas mestras em relação às quais se deverá conduzir o intérprete, no caso o agente público, quando tiver de aplicar normas, entendidas estas como preceitos menos amplos e axiologicamente dependentes daqueles[18].

O autor continua a sua argumentação afirmando que não se pode buscar a compreensão de um artigo ou dispositivo legal em sua particularidade, mas sim mediante uma prática interpretativa sempre subordinada à legalidade constitucional. Como os princípios da dignidade da pessoa humana, da redução das desigualdades sociais e regionais são critérios axiológicos que devem sempre estar presentes na hermenêutica, e tendo em vista que a Constituição da República assegura aos trabalhadores os direitos mínimos, primando pela dignidade humana, pela valorização do trabalho e da ordem social, não se pode aceitar que a lei ordinária afaste as normas de proteção constitucionalmente asseguradas.

[18] SOUZA, Marcelo Papaléo de. Idem, p. 96.

José dos Santos Carvalho Filho, ao discorrer sobre a responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviço público, analisou a responsabilidade civil dos contratados pela Administração Pública para a execução de obras públicas e prestação de determinados serviços, como de conservação e limpeza, ou de vigilância, por exemplo.

O autor argumenta que tais atividades não se enquadram na categoria de serviços públicos, tal como devem estes ser interpretados em consonância com o art. 37, § 6º, da Constituição da República, mas são serviços que instrumentalizam os objetivos finais administrativos, ou seja, servem para aperfeiçoar, ampliar e acelerar os serviços públicos a serem oferecidos. E a execução de tais atividades decorreria de:

1) atuação direta do próprio Estado; ou

2) atuação de pessoas privadas por meio de contratação administrativa. Atuando o Estado, a responsabilidade enquadrar-se-ia na previsão do art. 37, § 6º (responsabilidade objetiva), independentemente de ser atividade interna à Administração ou oferecida diretamente à coletividade (serviço público). Atuando pessoa privada contratada pelo Poder Público para determinado fim, sem que sejam destinatárias de contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, em ocorrendo danos a terceiros por força de conduta culposa e exclusiva de um de seus agentes, incide a responsabilidade civil subjetiva da pessoa contratada. Para o autor, na impossibilidade da pessoa contratada reparar integralmente os prejuízos causados, o Poder Público contratante sujeitar-se-á à responsabilidade civil subsidiária, ou seja, aquela cujo interesse do credor se inicia quando se constata a insolvência do devedor original.

Havendo conduta culposa concorrente da Administração Pública, incidirá a solidariedade entre o Estado e o contratado, porque a ambos será imputada culpa na conduta causadora dos danos. Se o dano decorrer do só fato do serviço contratado, incidirá a responsabilidade objetiva do ente estatal que ajustou o contrato. Isso ocorre devido: "1 – ao dano decorrer de fato administrativo e estar presente o nexo causal que une o fato ao dano; 2 – ao executor da obra ou serviço em nada contribuir para a ocorrência do dano" [19].





Ainda na linha da argumentação em favor da responsabilização da Administração Pública, algumas considerações necessitam ser feitas.

Os que se colocam contrários a essa tese negam a possibilidade de invocação do Princípio da Isonomia porque não estariam os entes públicos em condições de igualdade com as pessoas jurídicas de direito privado. No entanto, não se trata de invocar tal princípio para promover uma equiparação dos entes privados à Administração Pública, mas sim de equiparar os trabalhadores.

Caso contrário tratar-se-ia desigualmente um trabalhador terceirizado a uma empresa particular e o terceirizado a um ente público. E mais, não se pode negar a relação entre o Poder Público e o trabalhador terceirizado porque o contrato fora firmado com a empresa prestadora de serviços, esta relação decorre da própria situação fática existente na terceirização.

Ressalte-se que, no tocante à corrente que se sustenta no Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular para negar a responsabilidade do Poder Público sobre os encargos trabalhistas devidos aos empregados terceirizados.

[19] FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**, p.152-153.

José dos Santos Carvalho Filho, ao discorrer sobre a responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviço público, analisou a responsabilidade civil dos contratados pela Administração Pública para a execução de obras públicas e prestação de determinados serviços, como de conservação e limpeza, ou de vigilância, por exemplo.

O autor argumenta que tais atividades não se enquadram na categoria de serviços públicos, tal como devem estes ser interpretados em consonância com o art. 37, § 6º, da Constituição da República, mas são serviços que instrumentalizam os objetivos finais administrativos, ou seja, servem para aperfeiçoar, ampliar e acelerar os serviços públicos a serem oferecidos. E a execução de tais atividades decorreria de:

1) atuação direta do próprio Estado; ou

2) atuação de pessoas privadas por meio de contratação administrativa. Atuando o Estado, a responsabilidade enquadrar-se-ia na previsão do art. 37, § 6º (responsabilidade objetiva), independentemente de ser atividade interna à Administração ou oferecida diretamente à coletividade (serviço público). Atuando pessoa privada contratada pelo Poder Público para determinado fim, sem que sejam destinatárias de contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, em ocorrendo danos a terceiros por força de conduta culposa e exclusiva de um de seus agentes, incide a responsabilidade civil subjetiva da pessoa contratada. Para o autor, na impossibilidade da pessoa contratada reparar integralmente os prejuízos causados, o Poder Público contratante sujeitar-se-á à responsabilidade civil subsidiária, ou seja, aquela cujo interesse do credor se inicia quando se constata a insolvência do devedor original.

Havendo conduta culposa concorrente da Administração Pública, incidirá a solidariedade entre o Estado e o contratado, porque a ambos será imputada culpa na conduta causadora dos danos. Se o dano decorrer do só fato do serviço contratado, incidirá a responsabilidade objetiva do ente estatal que ajustou o contrato. Isso ocorre devido: "1 – ao dano decorrer de fato administrativo e estar presente o nexo causal que une o fato ao dano; 2 – ao executor da obra ou serviço em nada contribuir para a ocorrência do dano" [19].





Ainda na linha da argumentação em favor da responsabilização da Administração Pública, algumas considerações necessitam ser feitas.

Os que se colocam contrários a essa tese negam a possibilidade de invocação do Princípio da Isonomia porque não estariam os entes públicos em condições de igualdade com as pessoas jurídicas de direito privado. No entanto, não se trata de invocar tal princípio para promover uma equiparação dos entes privados à Administração Pública, mas sim de equiparar os trabalhadores.

Caso contrário tratar-se-ia desigualmente um trabalhador terceirizado a uma empresa particular e o terceirizado a um ente público. E mais, não se pode negar a relação entre o Poder Público e o trabalhador terceirizado porque o contrato fora firmado com a empresa prestadora de serviços, esta relação decorre da própria situação fática existente na terceirização.

Ressalte-se que, no tocante à corrente que se sustenta no Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular para negar a responsabilidade do Poder Público sobre os encargos trabalhistas devidos aos empregados terceirizados.

[19] FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**, p.152-153.

É importante trazer à colação a visão de Luis Roberto Barroso acerca do sentido e alcance da noção de interesse público no direito contemporâneo, em que se utiliza de uma distinção fundamental e pouco explorada, que divide o interesse público em primário e secundário:

> O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida pode ser identificado como interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas[20].

O autor não olvida a importância do interesse público secundário, porque são os recursos financeiros que provêem os meios para a realização do interesse primário, não sendo, por conseguinte, possível prescindir deles. No entanto, afirma que em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário, visto que a inversão seria patente, e nenhuma lógica razoável poderia sustentá-la. E conclui:

> Em um Estado de direito democrático, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. Assegurar a integridade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, promover a educação primária de uma criança são inequivocamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada. (...) O interesse público primário desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação. Ele é o parâmetro de ponderação. Em suma: o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao interprete cabe preservar ou promover[21].

A partir dos argumentos expostos, contrários ou favoráveis à tese da responsabilização da Administração Pública por obrigações trabalhistas oriundas de contratos de terceirização, é possível delimitar-se a tensão existente, que pode ser resumida no contraponto entre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, e de proteção ao trabalhador (estes consignados nos arts. 6º e 7º da Constituição da República) de um lado; e de outro, o princípio da legalidade e o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Em outras palavras, a tese da plena aplicação da Súmula TST nº. 331, IV, à Administração Pública, responsabilizando-a subsidiariamente pelos créditos trabalhistas oriundos dos contratos de terceirização que firma com entes privados, em garantia do trabalhador, contrapõe-se à tese da não responsabilização em decorrência de expressa vedação consignada na Lei 8.666/93, cuja inobservância ofenderia, de acordo com os defensores dessa tese, os princípios

[20] SARMENTO, Daniel (org.). **Interesse público versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**, p.xiii.

[21] SARMENTO, Daniel (org.). Idem, p.xiv-xvi.

da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado.

## 5 CONCLUSÃO

Propõe-se a solução do conflito a partir da utilização da técnica da ponderação de interesses instrumentalizada pelo Princípio da Proporcionalidade. Daniel Sarmento afirma, acerca do Princípio da Proporcionalidade, que ele *visa à contenção do arbítrio e a moderação do exercício do poder, em favor da proteção dos direitos do cidadão*[22].

A Proporcionalidade é decomposta em três subprincípios: adequação, necessidade ou exigibilidade, e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, a restrição imposta a cada interesse em jogo, num caso de conflito, só se justificará na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico[23].

Ana Paula de Barcellos descreve a Ponderação como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (*hard cases*), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado, visto que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, no entanto, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias.

A autora chama a atenção que, em se tratando de normas constitucionais, não é possível simplesmente escolher uma

[22] SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**, p.77-87.
[23] SARMENTO, Daniel. Idem, p.96.





norma em detrimento das demais em virtude do princípio da unidade, pelo qual todas as disposições constitucionais têm a mesma hierarquia e devem ser interpretadas de forma harmônica. A mesma situação ocorre, também, com normas infraconstitucionais que, refletindo os conflitos internos da Constituição, encontram suporte lógico e axiológico em algumas normas constitucionais, mas parecem afrontar outras. A própria verificação da constitucionalidade dessas normas infraconstitucionais não poderá ser resolvida por mera subsunção[24].

Ana Paula de Barcellos propõe, diante de um conflito que exija o recurso à Ponderação, que os direitos fundamentais, previstos pela Constituição, preponderem sobre os demais enunciados normativos e normas. Assim, verificando-se um conflito que exija Ponderação, terão preferência as normas que atribuam direitos fundamentais ou diretamente resguardem a dignidade humana. Para exemplificar esse parâmetro, a autora aponta a interpretação que boa parte da doutrina confere ao § 1º do art. 213 da Constituição da República, que dispõe:

> § 1º Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

Então, questiona Barcellos, não havendo vagas na rede pública e nem lei regulando a matéria, poderá o judiciário,

[24] BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais, e relações privadas**, p.55-56.

provocado, determinar a concessão de bolsa de estudos? Boa parte da doutrina responde afirmativamente. Os princípios da legalidade e da separação de poderes exigem lei, expressamente prevista no dispositivo, para que as bolsas de estudo sejam concedidas, mas as normas que consagram o direito fundamental à educação apontam que, de alguma forma, o indivíduo tenha acesso ao ensino e possa usufruir desse direito.

A autora afirma que entre preservar integralmente o princípio da legalidade e da separação de poderes e manter fora da escola um indivíduo sem recursos para obter educação formal por outros meios, é preferível restringir parcialmente os dois princípios e assegurar ao indivíduo o acesso à escola, em respeito à centralidade constitucional da pessoa humana, de sua dignidade e dos direitos fundamentais[25]. E conclui:

> O parâmetro que se acaba de expor sempre será útil para o aplicador diante de casos concretos, mesmo quando não estejam em confronto diretamente normas que veicula direitos fundamentais. Em qualquer caso o parâmetro significará que dentre as soluções possíveis que se chocam, deverá ser escolhida aquela que prestigie a realização da dignidade individual[26].

Portanto, quando a aplicação da responsabilidade subsidiária ao Poder Público por encargos trabalhistas decorrentes da terceirização de serviços contrapõe os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho ao princípio da legalidade, nos moldes como discutido, não é possível uma solução que, privilegiando uma norma infraconstitucional, faça tábula rasa dos valores constitucionais que devem funcionar como verdadeiros vetores axiológicos a orientar a aplicação do direito.

[25] BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais, e relações privadas**, p.110-111.
[26] BARROSO, Luís Roberto (org.). Idem, p.112.





A norma do § 1º, do art. 71 da Lei nº. 8.666/93, ao afastar a responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, inadimplidos pela contratada e resultantes da execução do contrato, afronta a dignidade individual do trabalhador que teve sua força de trabalho disponibilizada em proveito do Poder Público.

Este não pode, ao argumento de que a Administração Pública está vinculada à legalidade estrita e que o interesse da coletividade assim o exige, eximir-se de responder, na ausência ou na impossibilidade da empresa terceirizante, pelos créditos trabalhistas daqueles que serviram à própria Administração, e por via de conseqüência, à própria coletividade, ao possibilitar o perfeito funcionamento da máquina administrativa ao se desincumbirem das atividades objeto de terceirização. Como bem colocou Ana Paula de Barcellos, a centralidade constitucional da pessoa humana, de sua dignidade, e dos direitos fundamentais, não admite tal solução.

Considerando que a norma em questão não teve sua constitucionalidade afastada, à mesma deveria ser conferida interpretação conforme a Constituição, o que é legítimo quando há um espaço aberto de decisão que torne possível conferir um sentido à norma que a compatibilize com os valores constitucionais[27]. Seria possível entender que a norma consignada no § 1º, do art. 71 da Lei nº. 8.666/93, afasta a responsabilidade direta da Administração, a responsabilidade solidária como é, inclusive, conferida pelo § 2º, do mesmo

[27] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**, p.49.

artigo, em relação aos encargos previdenciários. Mas a responsabilidade subsidiária subsistiria em respeito à dignidade humana, ao valor social do trabalho, e por que não dizer, à boa fé.

Por fim, conclui-se, diante de todas as considerações já exposta, que mesmo não se admitido a possibilidade de uma interpretação da referida norma conforme a constituição, o princípio da legalidade estrita deve ceder aos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, que reclamam a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, porque a **vinculação administrativa à juridicidade** deve ter como referencial a Constituição, e não mais a lei. Assim deve ser porque a existência do Estado e de suas diversas formas de atuação funda-se nos direitos fundamentais, não sendo possível um Estado Democrático de Direito desvinculado de uma justificativa ética, pois ele não pode ser um fim em si mesmo[28].

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Celina Costa de. Da ausência de responsabilidade extracontratual da administração pública contratante por verbas trabalhistas devidas pelas contratadas e seus empregados: uma análise doutrinária, normativa e jurisdicional. **BLC: boletim de licitações e contratos**, v.17, n.9, p.635-646, set. 2004.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais, e relações privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[28] SARMENTO, Daniel (org.). **Interesse público versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**, p. 217.





BRANDÃO, Katarina Rocha. **Responsabilidade subsidiária dos entes públicos por débitos trabalhistas de empresas terceirizadas:** a ilegal aplicação da súmula 331, IV, do TST. Disponível em : <https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/ Ano_VI_abril_2006/ResponsabilidadeSubsid_KatarinaAzevedo.pdf.>. Acesso em 15 jun. 2006.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estado**. MARE (Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado). Brasília: Brasília: Presidência da República. Imprensa Oficial, 1995. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/ver_file.asp?id=121 >. Acesso em: 01 set. 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

MOURA, Leonardo Jubé de. Responsabilidade subsidiária dos entes da administração por débitos trabalhistas. Súmula 331/TST. Ilegalidade e inconstitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/ texto.asp?id=2949>. Acesso em: 02 set. 2006.

artigo, em relação aos encargos previdenciários. Mas a responsabilidade subsidiária subsistiria em respeito à dignidade humana, ao valor social do trabalho, e por que não dizer, à boa fé.

Por fim, conclui-se, diante de todas as considerações já exposta, que mesmo não se admitido a possibilidade de uma interpretação da referida norma conforme a constituição, o princípio da legalidade estrita deve ceder aos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, que reclamam a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, porque a **vinculação administrativa à juridicidade** deve ter como referencial a Constituição, e não mais a lei. Assim deve ser porque a existência do Estado e de suas diversas formas de atuação funda-se nos direitos fundamentais, não sendo possível um Estado Democrático de Direito desvinculado de uma justificativa ética, pois ele não pode ser um fim em si mesmo[28].

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Celina Costa de. Da ausência de responsabilidade extracontratual da administração pública contratante por verbas trabalhistas devidas pelas contratadas e seus empregados: uma análise doutrinária, normativa e jurisdicional. **BLC: boletim de licitações e contratos**, v.17, n.9, p.635-646, set. 2004.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais, e relações privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[28] SARMENTO, Daniel (org.). **Interesse público versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**, p. 217.





BRANDÃO, Katarina Rocha. **Responsabilidade subsidiária dos entes públicos por débitos trabalhistas de empresas terceirizadas:** a ilegal aplicação da súmula 331, IV, do TST. Disponível em : <https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/ Ano_VI_abril_2006/ResponsabilidadeSubsid_KatarinaAzevedo.pdf.>. Acesso em 15 jun. 2006.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estado**. MARE (Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado). Brasília: Brasília: Presidência da República. Imprensa Oficial, 1995. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/ver_file.asp?id=121 >. Acesso em: 01 set. 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

MOURA, Leonardo Jubé de. Responsabilidade subsidiária dos entes da administração por débitos trabalhistas. Súmula 331/TST. Ilegalidade e inconstitucionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/ texto.asp?id=2949>. Acesso em: 02 set. 2006.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **A terceirização na administração pública**. São Paulo: LTr, 2001.

RODRIGUES, Fábio Luís de Araújo. O inciso IV do Súmula nº. 331 do TST como ato violador de preceito fundamental da Constituição Federal. **Revista Jurídica do Ministério da Defesa,** v.1, n.2, p.105-108, mar.2005.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SARMENTO, Daniel (org.). **Interesse público versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SOUZA, Marcelo Papaléo de. Responsabilidade objetiva do tomador de serviços – Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região,** n. 32.



# SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

*Roger Eduardo Falcão Chacon*
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Olinda/Faculdades Integradas Barros Melo; Advogado.

**SUMÁRIO**

1 INTRODUÇÃO. 2 CONSTITUCIONALIDADE DOS PODERES DO RELATOR PARA NEGAR SEGUIMENTO A RECURSO. 3 NATUREZA JURÍDICA DO AGRAVO INSTITUÍDO PELO §1° DO ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 4 NEGATIVA DE SEGUIMENTO RECURSAL. 5 RECURSO EM CONFRONTO COM SÚMULA OU JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. 6 SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSO DE APELAÇÃO NA PRIMEIRA INSTÂNCIA. 7 CONSTITUCIONALIDADE DO § 1° DO ART. 518 DO CPC. 8 SÚMULA VINCULANTE. 9 CONCLUSÃO. 10 REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

A busca pela celeridade processual tem, cada vez mais, exigido a criação de mecanismos que permitam alcançar tal escopo. A súmula impeditiva de recurso não se trata de uma inovação, vez que foi instituída desde a Lei nº 9756/98, por meio do art. 557 do Código de Processo Civil, para os casos de negativa de seguimento, pelo relator, dos recursos contrários a súmulas ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do tribunal superior ou do Supremo Tribunal Federal. A hipótese mais recente de súmula impeditiva diz respeito ao § 1° do art. 518 do Estatuto dos Ritos. O dispositivo reza

que o juiz de primeira instância não receberá o recurso de apelação se a sua sentença estiver em conformidade com súmula do STJ ou do STF.

No presente texto, pretende-se refletir sobre a questão da constitucionalidade dos mencionados dispositivos, dentre outros aspectos, como por exemplo, o da celeridade processual, tão decantado e tão necessário a fim de que as partes obtenham, em tempo razoável, uma resposta jurisdicional adequada às feições do caso .

O direito a um processo em tempo razoável com uma prestação justa é, inclusive, garantido constitucionalmente por meio do inciso LXXVIII do art. 5° da Constituição Federal, o qual expressamente dispõe que a duração razoável do processo é um direito de todos.

Destarte, a celeridade deve ser considerada como aquela necessária a uma prestação jurisdicional justa, com todas as garantias do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição.

A pretensão do autor, ao elaborar o presente artigo, é despertar reflexões acerca dos limites da celeridade processual considerando os princípios constitucionais, implícitos e explícitos, que se referem ao processo.

## 2 CONSTITUCIONALIDADE DOS PODERES DO RELATOR PARA NEGAR SEGUIMENTO A RECURSO

O *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil dispõe de várias hipóteses que autorizam o Relator a negar seguimento a recurso. São as seguintes situações:





> 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.

No que tange a constitucionalidade dos mencionados poderes, o Supremo Tribunal Federal já decidiu no sentido de "legitimidade constitucional da atribuição conferida ao Relator para arquivar, negar seguimento a pedido ou recurso e a dar provimento a este - R.I./STF. , art. 21, § 1° ; Lei 8038/90, art. 38; C.P.C., art.557, redação da Lei 9.756/98 – desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do Colegiado".(2° Turma, A.I. 375.370 - CE-Ag. Rg., Rel. Min. Carlos Veloso j. 25/06/02, negaram provimento, votação unânime, DJU 23/08/2002, p. 100).

O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu que "não ocorre violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, quando o relator proferir decisão monocrática nos termos das súmulas ou jurisprudência dominante do STF e STJ conforme expressamente autorizado pelo art. 557 do CPC"[1].

No campo doutrinário, eis a lição do eminente jurista Humberto Theodoro Júnior acerca do art. 557:

> Quando se maneja o recurso com efeito devolutivo, entre órgãos de diferentes graus de jurisdição, o julgamento cabe, em princípio, a um Tribunal superior e será obtido pelo pronunciamento coletivo do seu plenário, ou de

[1] EAgRg no REsp 631.403 /GO, Rel Min. Aldir Passarinho Jr. , 4° Turma, DJ 22.11.2004, p. 363.

> algum órgão fracionário que atua em seu nome, mas também como colegiado. O relator dirige o procedimento na instância recursal mas não julga sozinho, de ordinário. No entanto, o código lhe atribui, em alguns casos, o poder de decidir em julgamento singular, valendo seu ato como decisão do Tribunal, tanto em matéria de preliminar como de mérito.[2]

Assim, constata-se que a constitucionalidade dos poderes do relator se justifica na medida em que as suas decisões podem ser submetidas a apreciação do colegiado. Nesse sentido, o agravo interno assegura o princípio do juiz natural, pois submete a causa, a decisão do relator e o recurso obstado à apreciação do órgão competente originalmente. Por outras palavras, o relator atua como delegado do colegiado e o faz por motivo de economia processual, sem, todavia, desnaturar a competência originária do ente coletivo.

Dessa forma, faz-se mister compreender que o relator recebe uma delegação do órgão colegiado e, nessa condição, tem a competência para decidir monocraticamente. Por conseguinte, a vontade manifestada pelo relator não é a sua, mas a do órgão que compõe e representa naquele ato decisório. Considerando tal fato, o recurso que teve o seguimento negado pode ser apreciado pelo competente colegiado. A constitucionalidade dos poderes do relator, os quais são delegados, está presente, justamente, nesse condicionamento, que é a possibilidade de apreciação pelo colegiado.

Por outro lado, o jurista Mário Teixeira da Silva defende que não se trata de delegação, mas sim de poder jurisdicional

[2] THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 37 ed. Rio de janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 515-516.





outorgado por lei ao relator, tanto é que não precisa apresentar a sua decisão em mesa a fim de ser confirmada pelo colegiado e se a parte não recorrer será a decisão que ficará valendo .[3]

No que diz respeito a relação entre o principio do juiz natural e o dispositivo em análise é necessário, inicialmente, definir o que seja 'Juiz Natural":

> Só pode exercer a jurisdição aquele órgão que a Constituição atribui o poder jurisdicional. Toda origem, expressa ou implícita, do poder jurisdicional só pode emanar da Constituição, de modo que não é dado ao legislador ordinário criar juízes ou tribunais de exceção, para julgamento de certas causas, nem tampouco dar aos organismos judiciários estruturação diversa daquela prevista na Lei Magna. [4]

Com efeito, haveria agressão ao princípio constitucional do juiz natural, caso o relator não decidisse em nome do colegiado e se a lei ou o regimento interno dos tribunais não criasse um instrumento processual que fosse capaz de remeter a decisão monocrática e a causa ao órgão que, originária e constitucionalmente, possui a competência para apreciá-las. Nesse sentido é a lição de Humberto Theodoro Júnior :

> Daí se segue que a lei ordinária e o regimento interno do Tribunal não podem trancar o procedimento no julgamento singular, declarando-o insuscetível de recurso ao colegiado a que endereçava constitucionalmente o apelo. Negar-se um meio processual de levar o recurso a exame

[3] SILVA, Mário Teixeira da. Recursos Cíveis e Poderes do Relator.Curitiba: Juruá, p. 59.

[4] THEODORO JUNIOR, Humberto. op. cit. , 1999, p. 38

> coletivo importaria subtrair à parte o acesso ao seu juiz natural, incorrendo, por isso, em inconstitucionalidade.[5]

Na verdade, o objetivo do art. 557 do CPC é desafogar as pautas dos tribunais superiores e homenagear os princípios da celeridade e da economia processual a fim de que só sejam encaminhados à sessão de julgamento aqueles processos que efetivamente necessitem de decisão colegiada.[6]

## 3 NATUREZA JURÍDICA DO AGRAVO INSTITUÍDO PELO § 1° DO ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Dispõe o § 1° do art. 557 do Código de Processo Civil:

> § 1° Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

Impende ressaltar, por oportuno, que muitos alegavam a inconstitucionalidade do agravo regimental pelo fato de somente estar previsto nos regimentos internos dos tribunais, considerando que a Constituição Federal estabelece no inciso I do art. 22 que matéria processual é objeto de lei federal. Entretanto, essa alegação foi superada com o advento das Leis 8038/90, 8950/94 e 9756/98 (deu nova redação ao art. 557 do CPC), pois o contemplaram expressamente. A partir desse momento, o agravo regimental passou a ser denominado de

[5] THEODORO JUNIOR, Humberto. op. cit, 2005, p. 515-516.

[6] REsp 677.844/RS, Rel. Min. José Delgado, 1° Turma, j.16.11.2004, DJ. de 01.02.2005 p. 457





agravo interno, vez que passou a ser um agravo legal e não apenas regimental.

O eminente jurista Barbosa Moreira defende a tese de que, o agravo do § 1°, não possui natureza recursal, pois a sua função é somente integrar a vontade do colegiado, do qual o relator é delegado, ao ato de decidir monocraticamente. Ele permite que o órgão coletivo referende a decisão do relator. De acordo com essa tese, o agravo não teria natureza recursal pelo fato de ser inverídico que o recurso denegado não pudesse ser apreciado pelo seu verdadeiro destinatário constitucional e por consistir num mecanismo de conferência da delegação do relator junto ao colegiado.

Eis a posição de Barbosa Moreira:

> Com efeito, o agravo regimental – e essa denominação advém de serem eles instituídos pelos Regimentos Internos dos Tribunais – não sofre, atualmente, a crítica de ser inconstitucional por não ser criado por lei de competência exclusiva da União Federal, pela singela razão de que, em verdade, não é ele, como bem demonstram Moniz de Aragão ('Do agravo regimental', in Revista dos Tribunais, volume 315, no 19 e segs., ps. 140 e segs.) e Feu Rosa ('Agravo regimental', in Revista dos Tribunais, volume 738, ps. 729 e segs.), recurso, mas meio de promover-se a integração da vontade do órgão colegiado do Tribunal, quando a parte não concordar com a decisão monocrática do relator ou do presidente da Corte por lhe parecer que esta não representa a vontade daquele que deveria proferir o julgamento.[7]

[7] Apud SLAIB FILHO, Nagib- **Notas sobre o art. 557 do CPC. Competência do Relator de Prover e de Negar Seguimento a Recurso**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3792>. Acesso em: 22 maio 2007

O Des. Nagib Slaib Filho concorda com o entendimento de Barbosa Moreira no sentido de que o agravo interno é um meio integrativo da decisão do relator perante o colegiado e não um recurso.

Por outro lado, Humberto Theodoro Júnior aduz que o mencionado agravo possui natureza recursal.[8]

Constata-se que é justamente esse instrumento processual que assegura a constitucionalidade dos poderes do relator, pois, como já foi dito, permite a apreciação e o controle do órgão competente. Com efeito, o agravo interno funciona como instrumento capaz de referendar ou de complementar a decisão monocrática do relator.

É importante destacar que o agravo aqui em comento necessita de todos os requisitos formais previstos no art. 499 e seguintes do CPC. Todavia, o relator não poderá negar seguimento ao agravo, conforme se depreende da redação do § 1° do art. 557 do CPC. O termo "*apresentará*", contido no mencionado parágrafo, significa dizer que o relator tem dever funcional, inviabilizando a negativa de seguimento constante do *caput* do referido dispositivo legal. Assim, caso não ocorra a retratação do relator, o agravo deverá ser apresentado em mesa para que o órgão colegiado decida. Este, por conseguinte, poderá decidir pela inadmissibilidade do agravo (pela falta de algum dos pressupostos recursais genéricos) ou pelo seu desprovimento.

Ademais, vale ressaltar que, caso o agravo interno seja manifestamente inadmissível ou infundado, o tribunal condenará o agravante ao pagamento de multa que, enquanto não

[8] THEODORO JUNIOR, Humberto. op. cit , 2005, p 517.





houver o depósito do respectivo valor, impedirá a interposição de outro recurso, consoante o § 2° do art. 557 do CPC.

Consoante o entendimento do Des. Nagib Slaibi Filho, no caso do agravo interno, não caberá impugnação do agravado, salvo se o agravante levantar questões novas. Filia-se a essa corrente doutrinária o eminente Min. do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux para o qual "negado seguimento ao recurso por ato do relator, o agravo regimental interposto forma uma relação angular entre o agravante e o relator, excluída qualquer resposta do agravado, *mutatis mutandis* o fenômeno ritual que se opera é semelhante ao indeferimento da inicial em que não há mais resposta do apelado".[9]

Todavia, o autor Cássio Scarpinella Bueno[10] defende que se o relator não se retratar, o agravado deverá ser ouvido antes do julgamento pelo colegiado, em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Na mesma linha de raciocínio, o jurista Mário Teixeira da Silva entende que a redação do § 1° do art. 557 do CPC contraria o princípio do contraditório em beneficio da celeridade do agravo, na medida que não estabelece a impugnação do agravado.[11]

Nelson Nery Júnior concorda com Scarpinella Bueno ao afirmar que "interposto o agravo interno contra a decisão monocrática do relator, deve ser intimada a parte contrária, para que apresente resposta (contraminuta) ao agravo, em atendimento ao princípio constitucional do contraditório".[12]

[9] FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 965.

[10] BUENO, Cássio Scarpinella. **Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

[11] SILVA, Mário Teixeira da. op. cit, p.89.

[12] JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 951

## 4 NEGATIVA DE SEGUIMENTO RECURSAL

Este tópico traz uma breve análise a respeito das situações que motivam a negativa monocrática de seguimento recursal, com exceção da hipótese de súmula impeditiva que será abordada mais detidamente no item seguinte. Porém, antes de proceder ao exame das situações, cabe ressaltar o real significado do termo "*manifestamente*", constante do *caput* do art. 557 do CPC, o qual significa que não resta qualquer dúvida, pelo relator, da incidência daquelas situações. No caso de haver dúvida, o recurso não deverá ter o seguimento negado a fim de que o colegiado decida sobre o seu provimento, desprovimento ou inadmissibilidade. Portanto, a expressão "*manifestamente*" é aplicável a todas as hipóteses do art. 557.

A Juíza Federal Mônica Sifuentes[13] afirma que o mencionado artigo tem por finalidade promover uma "filtragem" das causas. Nesse sentido, ele visa a impedir o seguimento de recurso que seja contrário a matéria já sumulada e, em contrapartida, privilegia o debate de questões novas que ainda não foram objeto de súmula. De acordo com a magistrada, essa tendência de "filtragem" é comum nos sistema de *common law* e no sistema romano-germânico e objetiva evitar o acúmulo de processos sobre questões idênticas nas cortes extraordinárias e privilegiar os princípios da economia e celeridade processual.

O artigo 557 prevê diversas situações que autorizam a negativa de seguimento recursal. São as seguintes:

a) recurso manifestamente inadmissível- No caso de faltar algum dos pressupostos recursais, a saber: adequação, recorribilidade da decisão, legitimidade do recorrente, interesse (no caso de não se tratar de sucumbente ou que do ato judicial não decorra qualquer prejuízo), preparo, tempestividade etc.

[13] SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante- Um Estudo sobre o Poder Normativo dos Tribunais.** São Paulo: Saraiva, 2005. p.255.





b) recurso manifestamente improcedente - Essa hipótese ocorre quando o relator, observando o mérito do recurso, consegue antever que a decisão do colegiado será de improvimento. Ainda que o relator acredite, particularmente, no provimento do recurso, terá que negar seguimento, por ter a ciência do posicionamento contrário do colegiado. Portanto, o relator, percebendo que o recurso, em seu ponto principal, não terá sucesso, nega o seu seguimento por saber da posição do colegiado sobre aquela matéria, mesmo que discorde, eventualmente, do ente coletivo.

c) recurso manifestamente prejudicado - Está prejudicado quando ocorre fato superveniente a sua interposição, resultando na perda de utilidade (interesse). Todavia, quando o fato superveniente (causador da inutilidade recursal) surge antes de o recurso ser interposto poder-se-ia afirmar que é inadmissível pela falta de objeto.

## 5 RECURSO EM CONFRONTO COM SÚMULA OU JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE

É necessário, antes de tudo, proceder a algumas considerações conceituais acerca das expressões "súmula", "precedente" e "jurisprudência".

O aspecto reiterativo das decisões é que gera uma jurisprudência, ou seja, vários precedentes uniformes (com uma mesma interpretação jurídica) sobre um determinado assunto. Todavia, naturalmente que um único precedente não faz jurisprudência.

Para o ilustrado Orlando Gomes, a jurisprudência é "o conjunto de decisões dos tribunais sobre as materiais de sua competência ou uma série de julgados similares sobre a mesma matéria: Forma-se a jurisprudência mediante o labor interpretativo dos tribunais, no exercício de sua função específica."[14]

O jurista Plácido e Silva define a expressão "súmula" da seguinte forma:

> Do latim summula (resumo, epitome breve), tem o sentido de sumário, ou de indice de alguma coisa. É o que de modo abreviadissimo explica o teor, ou o conteúdo integral de alguma coisa. Assim, a súmula de uma sentença, de um acórdão, é o resumo, ou a própria ementa da sentença ou do acórdão. No âmbito da uniformização da jurisprudência, indica a condensação de série de acórdãos, do mesmo tribunal, que adotem idêntica interpretação de preceito jurídico em tese, sem caráter obrigatório, mas, persuasivo, e que, devidamente numerados, se estampem em repertórios.[15]

Segundo a Juíza Federal Mônica Sifuentes[16], a súmula de jurisprudência consiste em teses jurídicas solidamente assentes em repetidas decisões jurisprudenciais, das quais se retira um enunciado, que é o preceito doutrinário que extrapola os casos concretos que lhe deram origem e pode ser utilizado para orientar o julgamento de outros casos semelhantes aos anteriores.

[14] Apud SIFUENTES, Mônica. op. cit ,. p. 150.

[15] Apud SLAIB FILHO, Nagib- **Notas sobre o art. 557 do CPC. Competência do Relator de Prover e de Negar Seguimento a Recurso**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3792>. Acesso em: 22 maio 2007

[16] SIFUENTES, Mônica. op. cit., p. 237.





Na lição do jurista Sérgio Sahione Fadel a expressão "jurisprudência dominante" tem o seguinte significado:

> Antes o poder do relator tinha fundamento em súmula, que é a jurisprudência dominante, mas estratificada num verbete, elaborado de acordo com determinado procedimento (arts. 476 a 479 do CPC), com a eficácia mais ampla do que a simples jurisprudência dominante; agora o poder do relator poder assentar-se em súmula ou jurisprudência dominante, do próprio tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de tribunal superior
>
> [...]
>
> Jurisprudência dominante" é aquela que prevalece no plenário ou na corte especial do respectivo tribunal, e, justo por prevalecer, esse órgão tomaria idêntica decisão à tomada pelo relator, caso viesse o recurso a ser julgado em colegiado. Se houver divergência entre turmas, ou entres seções, não pode a jurisprudência dizer-se "dominante" ". [17]

Vale ressaltar que, não raro, as súmulas fornecem subsídios para projetos de lei que posteriormente tornam-se leis. No Brasil, tal situação ocorreu várias vezes, positivando-se, por exemplo, o reconhecimento dos filhos adulterinos, equiparação da união estável ao casamento para fins de partilha de bens, dentre outros casos.

Em duas situações os tribunais poderão editar súmulas:

> 1) em caso de reconhecida divergência sobre o entendimento de matéria de direito entre turmas ou seções do

[17] FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 717.

> mesmo tribunal - nessa hipótese a súmula é decorrente de procedimento de uniformização de jurisprudência;
> 2) quando houver entendimento pacífico no tribunal a respeito de determinada matéria. Nesse caso decorre de entendimento uniformizado.

Após essas observações conceituais, procede-se à análise do art. 557 do CPC, o qual dispõe que o relator negará seguimento a recurso que estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do seu tribunal, de tribunal superior ou do Supremo Tribunal Federal.

No passado, entendia-se que o relator só estaria obrigatoriamente vinculado as súmulas do seu tribunal ou das cortes superiores, se houvesse previsão expressa no regimento interno da corte. Hodiernamente, com o art. 557 do CPC, o relator, em sua decisão monocrática, deverá seguir a orientação do seu tribunal, do tribunal superior ou do STF, considerando, inclusive, a obrigatoriedade da súmula vinculante. Assim, com fundamento na jurisprudência dominante ou nas súmulas, negará seguimento a recurso que contrariá-las. Vale ressaltar que o mencionado dispositivo introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a vinculatividade interna (abrangendo somente os órgãos jurisdicionais, sem atingir a Administração Pública). A partir desse momento extinguiu-se o caráter persuasivo (orientador) das súmulas.

De acordo com o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro Nagib Slaibi Filho[18], a negativa de seguimento recursal trata-se de um poder/dever do relator, desde

[18] SLAIB FILHO, Nagib- **Notas sobre o art. 557 do CPC. Competência do Relator de Prover e de Negar Seguimento a Recurso**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3792>. Acesso em: 22 maio 2007





que estejam presentes aquelas situações do *caput* do art. 557. No mesmo sentido, o jurista Mário Texeira da Silva defende que a obrigatoriedade do relator é expressa (literal) no mencionado dispositivo.

Por outro lado, Nelson Nery considera como sendo uma faculdade o poder de negar seguimento recursal.

Um situação interessante e merecedora de destaque respeita ao fato de a jurisprudência dominante do respectivo tribunal contrariar a jurisprudência do STJ e do STF. Nesse caso, o relator não deverá negar seguimento ao recurso contrário a jurisprudência dominante do seu tribunal, sob pena de estar impossibilitando a parte de recorrer às instâncias extraordinárias em afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição e ao art. 557 do CPC. Nesse sentido é acórdão do STJ de provimento de Recurso Especial:

> A expressão "jurisprudência dominante do respectivo tribunal" somente pode servir de base para negar seguimento a recurso quando o entendimento adotado estiver de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, sob pena de negar às partes o direito constitucional às vias excepcionais (extraordinárias e especial). Precedente desta Corte. Reconhecida a afronta ao at. 557 do estatuto processual civil. Recurso especial provido[19].

[19] REsp 299.196/MG, STJ, 2° Turma. Rel. Min. Franciulli Neto, DJ de 05.08.2002, p. 234. no mesmo sentido, AgRg no REsp 279.162/MG, STJ, 5° Turma Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 03.11.2004, p. 224.

## 6 SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSO DE APELAÇÃO NA PRIMEIRA INSTÂNCIA

O art. 518 do CPC alterado, em seus parágrafos, pela Lei 11.276 de 07.02.2006, dispõe:

> Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.
>
> § 1º 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.
>
> § 2º Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso.

Ao analisar os dois dispositivos legais constata-se que, tanto a hipótese do § 1º do art. 518 quanto a do art. 557 do CPC, são casos de súmula impeditiva de recurso. A diferença reside no fato de o art. 518 se referir a decisão que está de acordo com sumula do STJ ou do STF; e o art. 557 tratar da hipótese de o recurso contrariar súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais. Em ambas as situações, o recurso é inadmitido pelo fato de incidir súmula que o impede de ser recebido ou de ter seguimento.Todavia, a abrangência do art. 557 é bem maior, pois diz respeito a qualquer recurso e a qualquer tribunal (respectivo tribunal, tribunal superior e STF).

Em verdade, foi estabelecido um novo pressuposto de admissibilidade recursal da apelação que é a hipótese de a sentença contrariar súmula do STJ ou STF. Assim, se a sentença estiver confrontando com súmula e a apelação estiver em conformidade com os demais pressupostos genéricos, haverá um juízo de admissibilidade positivo, o recurso é, portanto, conhecido. Entretanto, se a sentença for favorável a súmula, haverá um juízo de admissibilidade negativo, a apelação não é conhecida.





Importante ressaltar, também, que o texto legal refere-se a "súmula". Nesse sentido, não basta que a jurisprudência dos tribunais superiores seja pacífica, pois é mister a existência de súmula sobre a matéria suscitada na ação .

Outro aspecto interessante, do novel § 1º, é o fato de não ser necessário que a sentença esteja inteiramente decidida com fundamento em súmula, mas sim o trecho que estiver sendo recorrido (objeto do apelo). Assim, nessa hipótese e tendo havido sucumbência recíproca, o magistrado poderá receber a apelação de um litigante e do outro, não, tendo em vista que há duas interpretações jurídicas contidas numa mesma sentença, uma contrária e a outra favorável ao entendimento sumular.

Com relação ao § 1º do art. 518 do CPC, a advogada e mestranda Bárbara Baptista assevera que a sentença, estando de acordo com súmula do STJ ou do STF, já "nascerá" transitada em julgado, pois a parte sucumbente não poderá recorrer sob pena de, se assim o fizer, não ter o seu recurso recebido pelo juízo de primeira instância.

Além disso, segundo a autora, deve ser considerado que o juiz, ao julgar conforme a súmula, perderia a sua autonomia, não podendo se posicionar de acordo com os seus conhecimentos jurídicos, vez que o STJ ou o STF já possuiria

um entendimento para aquela causa determinada. Dessa forma, ainda que o magistrado julgue contrariando a súmula, o tribunal, ou até mesmo o relator (com fundamento no § 1° art. 557 do CPC), reformará a sentença do primeiro grau. Portanto, o juiz seria praticamente obrigado a julgar conforme a súmula, tendo em vista que, se assim não o fizer, terá a sua decisão reformada pelo tribunal.[20]

Entretanto, o Juiz do Estado de Pernambuco Carlos Moraes[21] salienta que a medida processual inovadora não é passível de contestação, pois evita o retardamento inaceitável de casos idênticos aos decididos, anteriormente, a exaustão, contribuindo, assim, para desafogar o judiciário. De modo que, segundo o magistrado, a inovação proporciona uma melhoria na celeridade e na qualidade da prestação jurisdicional.

Impende enfatizar, que não seria coerente com a realidade se fosse desconsiderado o aspecto da celeridade processual e do grande número de processos, os quais perduram anos até o momento de se obter a prestação jurisdicional transitada em julgado.

É relevante destacar que a celeridade processual foi o que motivou o acréscimo do § 1° ao art. 518, conforme se constata na exposição de motivos do projeto de lei que inseriu o mencionado parágrafo:

[20] BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti- **Breves considerações sobre as mudanças do sistema recursal, implementadas pelas Leis N° 11.187/2005 e 11.276/2006**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8523> .Acesso em: 24 maio 2007.

[21] MORAES, Carlos Frederico Gonçalves de. O Juízo de Admissibilidade dos Recursos e a Inovadora Proposta Legislativa Impeditiva da Apelação na Hipótese de Congruência da Sentença com as Súmulas do STJ e do STF. **Revista da Esmape**, n. 22, v. 10, p. 67, 2005.





> [...] 5.O anteprojeto igualmente altera o art. 518 do CPC, e de maneira a inserir em seu §1° a previsão do não recebimento, pelo juiz, do recurso de apelação, quando a sentença estiver em conformidade com Súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, portanto, de uma adequação salutar que contribuirá para a redução do número excessivo de impugnações sem possibilidades de êxito [...].[22]

Ademais, é importante salientar que, da decisão tomada com base no §1° do artigo 518, caberá agravo de instrumento, *ex vi* do artigo 522, *caput*, do CPC. Poderá, então, o relator, valendo-se do artigo 557, negar seguimento ao agravo de instrumento se confrontar com súmula do STJ ou do STF e a sentença estiver em consonância com a exegese dos referidos tribunais.

## 7 CONSTITUCIONALIDADE DO § 1° DO ART. 518 DO CPC

Segundo operadores do direito e juristas, como o advogado da União Marcos Botelho e a mestranda e advogada Bárbara Baptista, esse dispositivo violaria o princípio do duplo grau de jurisdição (constitucionalmente garantido através do Pacto de São José da Costa Rica), vez que a causa e a sentença não poderiam ser reexaminadas pelo órgão de grau superior. Na visão deles, o juiz, como todo ser humano, é passível de equívocos e pode, eventualmente, em sua decisão, aplicar uma súmula que não seja compatível com o caso concre-

[22] BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti- **Breves Considerações sobre as Mudanças do Sistema Recursal, Implementadas pelas leis N° 11.187/2005 e 11.276/2006** Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8523> .Acesso em: 24 maio 2007.

to, ou seja, as peculiaridades do caso concreto podem não estar de acordo com os precedentes que geraram determinada súmula.

De acordo com os mesmos, considerando que o entendimento sumular é genérico e abstrato, faz-se mister uma análise do caso concreto, pois o enunciado tem que se amoldar as suas peculiaridades a fim de se alcançar uma decisão justa. Diante disso, teria que ser assegurado o direito de recorrer às partes, independentemente de a decisão seguir súmula do STJ ou STF.

No entender da advogada Bárbara Baptista, há uma tendência, no direito pátrio, de relativismo do duplo grau de jurisdição, ou seja, de diminuição das hipóteses recursais. Esse fato, segundo ela, decorre da busca pela celeridade processual. Além disso, a autora ressalta, que por se tratar de uma garantia constitucional, o duplo grau de jurisdição não pode ser relativizado.[23]

O Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela UFSC Lenio Luiz Streck defende que não seria razoável colocar a questão da celeridade processual acima de princípios constitucionais, tendo em vista que o duplo grau de jurisdição e o princípio do devido processo legal, o qual abrange o contraditório e a ampla defesa, são garantias fundamentais das partes a uma prestação jurisdicional justa.[24]

[23] BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti- **Breves Considerações sobre as Mudanças do Sistema Recursal, Implementadas pelas Leis Nº 11.187/2005 e 11.276/2006.** Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8523> .Acesso em: 24 maio 2007.

[24] STRECK, Lenio Luiz ; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de - **(Mais) Um Passo Atrás no Direito Brasileiro . Quem Vai Cuidar do Guarda da Esquina?**Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7987 .Acesso em: 29 maio 2007.





Sobre o duplo grau de jurisdição, os ilustres doutrinadores, Antônio Carlos Cintra Araújo, Ada Pellegrini Grinover e Candido R. Dinamarco dão a seguinte definição:

> O princípio do duplo grau de jurisdição funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir sua reforma em grau de recurso.[25]

No mesmo sentido, a jurista Djanira Radamés[26] de Sá destaca a importância da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição em seu artigo "O Duplo Grau de Jurisdição como Garantia Constitucional", no qual assevera que o juiz é passível de falhas, cometer injustiças ao proferir uma decisão, advindo daí a necessidade de se permitir o reexame da matéria posta sob julgamento para que se obtenha uma visão mais completa da causa por outro órgão jurisdicional.

O advogado da União Marcos César Botelho assevera que o § 1º do art. 518 do CPC impede que os recursos cheguem aos tribunais superiores suscitando novas discussões e, em decorrência da tal fato, não haverá revisões das súmulas, as quais devem estar em consonância com as novas realidades que surgem com o decorrer do tempo. Eis o seu entendimento:

> O artigo 518, parágrafo 1º com da redação dada pela Lei nº 11.276, de 2006, dá uma força normativa muito gran-

[25] CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 15. ed.. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 74

[26] SÁ, Djanira Maria Radamés de. **O Duplo Grau de Jurisdição como Garantia Constitucional.** In:WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e NERY JÚNIOR, Nelson (coord.). Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 186-187.

de às Súmulas do STJ e do STF, não permitindo que o debate de idéias jurídicas promova a adequação do direito – e a interpretação de suas normas – às novas realidades que surgem com o decorrer do tempo.

Por esta razão, entendemos que a norma é de duvidosa constitucionalidade, na medida que, faz das Súmulas, não meros enunciados dos Tribunais Superiores, mas verdadeiras leis em sentido material, já que as Súmulas trazem disposições de caráter genérico e abstrato, sendo atos jurídicos normativos. Todavia, não são leis em sentido formal, na medida em que não são atos jurídicos normativos produzidos pelo poder competente para o exercício da função legislativa.

É preciso salientar que o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, prevê no art. 8, número 10 que o cidadão tem o "*direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior*.

Não permitir, portanto, que o indivíduo possa recorrer aos Tribunais superiores sob o pálio de que a sentença conforma-se com Súmula é subverter o Direito, violando direitos inerentes ao cidadão, que deve ter o direito de expor suas razões aos Tribunais superiores, razões essas que podem, inclusive, levar o Tribunal a rever posicionamento anterior. [27]

[27] BOTELHO, Marcos César. **As Alterações das Leis nº 11.276, 11.277 e 11.280**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8598> Acesso em: 29 maio 2007





Por sua vez, o eminente doutrinador Luiz Guilherme Marinoni tem a seguinte opinião a respeito do § 1º do art. 518 do CPC:

> A relação entre as normas dos artigos 285-A e 518, §1º, é visível. Ambas aludem a demandas repetitivas. A primeira se preocupa em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juiz de primeiro grau ou pelos tribunais. A segunda objetiva impedir o prosseguimento do processo nas hipóteses em que há súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Tais normas se destinam a dar proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo. Elas nada têm de inconstitucionais, pois não violam qualquer outro direito fundamental, como o direito de defesa. Na verdade, se de constitucionalidade aqui se pode falar, o raciocínio deve caminhar em sentido inverso, ou seja, *de insuficiência de proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.*[28]

Outro ponto que ser merece ser registrado, nessa breve análise, diz respeito a questão da independência do magistrado em relação às decisões dos tribunais e nesse sentido, os eminentes juristas Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido R. Dinamarco asseveram:

> O juiz, qualquer que seja o grau de jurisdição exercido, tem independência jurídica, pelo que não está adstrito, entre nós, às decisões dos tribunais de segundo grau, jul-

[28] MARINONI, Luiz Guilherme. **Ações Repetitivas e Julgamento Liminar.** Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/artigos.php>. Acesso em: 04 jun. 2007.

> gando apenas em obediência ao direito e à sua consciência jurídica. "Jurisdição superior" e "jurisdição inferior" indicam apenas a competência da primeira de julgar novamente as causas já decididas em primeiro grau: competência de derrogação pois, e não de mando (v. infra 72). Isso quer dizer que a existência de órgão superiores e da garantia do duplo grau de Jurisdição não interfere nem reduz as garantias de independência dos juízes.[29]

Como é cediço, o mencionado parágrafo não dispõe que o magistrado deva julgar conforme súmula do STJ ou do STF. O mesmo, expressamente, reza que, se julgar conforme súmula do STJ ou do STF, o juiz não deverá receber a apelação. Assim, salvo a obrigatoriedade de seguir a súmula vinculante, com relação as demais, não há nenhuma compulsoriedade expressa, imposta ao magistrado, de seguir os enunciados. Contudo, apesar de expressamente não constar o comando de que deva seguir a jurisprudência normativa, nitidamente há o caráter vinculador imposto pelo artigo 557.

Essa vinculação faz-se presente no fato de que se juízo decidir em desacordo com o entendimento jurisprudencial, o órgão *ad quem*, necessariamente, irá reformar a sentença, pondo-a em conformidade com súmula. Ainda que a parte não apelasse, a sentença contrária a entendimento sumular, poderia ser reformada pelo órgão de segundo grau, se fosse o caso de reexame necessário. Só prevaleceria a sentença em desacordo com enunciado se nenhuma das partes recorresse. Nesse sentido, o jurista Luiz Guilherme Marinoni tem o seguinte posicionamento a respeito da questão:

[29] CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 73-74





> O art. 518, §1º, por sua vez, fala que o recurso de apelação não deve ser recebido quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Note-se que a norma não diz que o juiz está obrigado a decidir de acordo com a súmula, mas apenas que não pode admitir o recurso de apelação caso decida em conformidade com a súmula. No que diz respeito às sumulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, só há previsão normativa de eficácia vinculante para as súmulas do Supremo Tribunal Federal, conforme o art. 103-A da Constituição Federal. De modo que o juiz de primeiro grau está obrigado a decidir de acordo com a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, e, caso interposto recurso de apelação, a não admiti-lo com base no art. 518, §1º. Não obstante, o juiz não está obrigado a decidir de acordo com súmula do Superior Tribunal de Justiça. Neste caso, ele tem apenas o dever de não admitir a apelação que se dirige contra sentença em conformidade com tal súmula.
>
> Por outro lado, também não há norma que diga que o juiz deve decidir de acordo com súmula do tribunal – estadual ou regional federal – ao qual está vinculado. Neste caso, quando interposta a apelação, a única alternativa do Código de Processo Civil é a de permitir o indeferimento do recurso de apelação por parte do relator, em consonância com o seu art. 557, *caput*, que assim estabelece: '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.
>
> [...]

> Ademais, afirmar que o juiz tem o direito de julgar de forma diferente aos tribunais superiores constitui gritante equívoco. Se é o Superior Tribunal de Justiça quem dá a última palavra em relação à interpretação da lei federal, qual é a racionalidade de se dar ao juiz o poder de proferir uma decisão que lhe seja contrária? Basta perguntar quem tem razão, diante do sistema judicial, diante de uma súmula do Superior Tribunal de Justiça: é claro que aquele que tem o seu direito reconhecido na súmula. Portanto, decidir de forma contrária à súmula apenas obriga à interposição de recurso, consumindo mais tempo e despesas, seja da administração da justiça, seja do próprio cidadão.[30]

## 8 SÚMULA VINCULANTE

Assim dispõe o art. 103-A da Constituição Federal:

> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

[30] MARINONI, Luiz Guilherme. **Ações Repetitivas e Julgamento Liminar**. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/artigos.php> Acesso em: 04 jun. 2007.





> § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.
>
> [...]
>
> § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

É oportuno, analisar o instituto da súmula vinculante, vez que, há íntima ligação com caput do art 557 e com o § 1º do art. 518, ambos do CPC. Assim, o relator, deverá negar seguimento a recurso que seja contrário a entendimento sumular e o juiz de primeira instância, por sua vez, não deverá receber apelação se a sua sentença estiver em conformidade com súmula vinculante.

Nesse caso, o magistrado deverá seguir, obrigatoriamente, a súmula vinculante elaborada pelo Supremo Tribunal, quando o processo envolver matéria sobre a qual o referido tribunal já tenha emitido enunciado com efeito vinculante para os órgãos do Poder Judiciário e para a administração pública.

Como bem afirma a Juíza Federal Mônica Sifuentes, a "novidade em relação às súmulas anteriores ficou por conta

dessa vinculação obrigatória da administração pública, já que o efeito de vinculatividade interna (entre órgãos judiciais) já era conhecido das súmulas anteriores, pelo reflexo do art. 557 do CPC. "[31]

Os requisitos das súmulas vinculantes são os seguintes:

> 1) edição pelo STF e votação por quorum qualificado (aprovação de 2/3 dos seus membros);
> 2) devem ser editadas após reiteradas e uniformes decisões sobre a mesma matéria, o que lhes dá o caráter de jurisprudência e não de lei;
> 3) somente devem versar sobre matéria constitucional, a qual esteja inscrita no texto constitucional;
> 4) deverá ter por objeto normas sobre as quais haja controvérsia de interpretação jurídica (matéria de direito) entre os órgãos do judiciário ou entre estes e a administração pública, motivando a multiplicação de processos repetitivos que tratam de questões idênticas. [32]

Vale ressaltar que, após o advento da emenda constitucional nº 45/2004, o Supremo Tribunal Federal passará a editar dois tipos de súmulas:

> 1) as antigas súmulas previstas no Regimento Interno;
> 2) as súmulas vinculantes, de acordo com os requisitos previstos na Constituição e na lei regulamentar.

As mesmas pessoas ou entidades habilitadas para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade poderão propor a aprovação, cancelamento ou revisão da súmula

[31] SIFUENTES, Mônica. Súmula Vinculante. op. cit., p. 262
[32] SIFUENTES, Mônica. Súmula Vinculante. op. cit., p. 261





vinculante. O mecanismo de revisão é relevante na medida em que impede o "engessamento" das interpretações jurídicas contidas nas súmulas.

Todavia, é importante salientar que mesmo as súmulas de caráter persuasivo poderão tornar-se de efeito vinculante desde que sejam confirmadas por 2/3 dos membros do STF e obedeçam aos requisitos do art. 103-A da Carta Magna.

O que justificou a instituição da súmula vinculante foi a necessidade de pôr fim às múltiplas demandas envolvendo a administração pública. Segundo a Juíza Federal Mônica Sifuentes, a administração pública, por não ter recursos suficientes, prefere que se suscitem processos judiciais morosos, os quais servem de instrumento para postergar o pagamento de dívidas. De acordo com a magistrada, a súmula vinculante surgiu para acabar com essa situação, vez que impedirá que a administração pública insista em demandas sobre as quais haja entendimento sumulado.[33]

Com relação ao dever do magistrado em seguir a súmula vinculante, o Juiz do Estado de Pernambuco Carlos Moraes, afirma:

> Logo, ao juiz de ordinário não restará alternativa a não ser, compulsoriamente, negar seguimento a recurso que contrarie sentença embasada na súmula com efeito vinculante ou não. Significa dizer que o juiz sentenciante que fundamentar a sua decisão em súmula de qualquer natureza não terá a faculdade (liberdade) para negar seguimento ao recurso de apelação, principalmente quando se tratar súmula obrigatória, sob pena de cassação do

[33] SIFUENTES, Mônica. op. cit, p. 258-259.

ato judicial decretada pelo STF quando acolher reclamação nesse sentido (art.103-A, § 3º, CF). [34]

De acordo com o Juiz Federal Nazareno Moreira Reis, apesar da obrigatoriedade da súmula vinculante, a sua aplicabilidade é passível de descumprimento:

> Assim, temos a seguinte situação: a súmula "vinculante" obriga, mas pode eventualmente ser descumprida, e, nessa hipótese, um instrumento auxiliar, para garantir sua autoridade, será a reclamação. Em todo caso, o Supremo Tribunal Federal não está livre de ter que reapreciar matéria já sumulada – como ocorria antes da súmula "vinculante". E o que há de novo? Aparentemente, a súmula "vinculante", por ter esse efeito expressamente declarado na Constituição, infundirá maior respeito que as antigas súmulas "não-vinculantes", cuja autoridade situava-se exclusivamente no campo da ciência jurídica e decorria essencialmente de seu poder de convencimento. É aguardar para ver o acerto desse vaticínio quanto ao novo instituto.
>
> [...]
>
> É que a súmula "vinculante" foi criada por norma imperfeita (*lex imperfecta*), porque de *preceito sem sanção*. A simples previsão de reclamação, para o caso de descumprimento da súmula, traduz regra expletiva, porque já antes as decisões pacíficas do Supremo em matéria constitucional obrigavam, do ponto de vista prático, e se era o recurso extraordinário o meio apropriado para se levar a questão até o Supremo e agora é a reclamação, isso, por si só,

[34] MORAES, Carlos Frederico Gonçalves de. op. cit, p. 66





> não parece alterar substancialmente o quadro. A obediência à súmula segue sendo uma questão ôntica, não deôntica, porque *o descumprimento não gera conseqüências jurídicas materiais* – apenas processuais (a não ser que o Supremo venha a efetivar construção jurídica que dê realidade normativa ao disposto no art. 103-A da Constituição, porquanto literalmente se trata apenas de *exortação*).
>
> O que se quis instituir – a obrigatoriedade da observância de certas decisões do Supremo – foi pressuposto pelo Constituinte mediante a simples elocução em tal sentido de uma proposição e da criação de um procedimento mais célere para levar o descumprimento ao conhecimento do Supremo (a reclamação), mas sem sanção alguma àquele que descumpriu a súmula e sem *regra de direito material* que sustente o efeito "vinculante" até que o Supremo o reconheça como incidente na hipótese. Aí está a petição de princípio (*petitio principii*, raciocínio circular ou ciclo vicioso), um vício lógico bastante comum na legislação brasileira.[35]

No que diz respeito à reclamação para STF com o escopo de cassação da decisão judicial ou do ato administrativo, o jurista Souza Prudente teme que haja um excesso de reclamações para o STF e sugere que se institua um órgão especial e autônomo composto por juízes convocados apenas para apreciar os pedidos de reclamação. [36]

No entendimento do eminente doutrinador Luiz Guilherme Marinoni, não haveria afronta a independência do juiz:

[35] REIS, Nazareno Moreira- **Súmula "Vinculante" : Uma Petição de Princípio**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6376> Acesso em: 04 jun. 2007.

[36] Apud SIFUENTES, Mônica. op. cit., p. 263

> Contra essa idéia se levantaria a alegação de que estaria sendo ferido o princípio da livre convicção judicial e a prerrogativa do juiz de dizer o direito conforme a sua consciência. O argumento, porém, não é suficiente para ensejar a crítica. A uma, porque a força vinculante somente incide sobre a *interpretação do direito* e não sobre a apreciação dos fatos concretos. Objetiva-se apenas dar força vinculante à análise jurídica feita por tais tribunais, sem que com isso se retire do juiz a prerrogativa de examinar o caso concreto, dando-lhe a solução adequada.[37]

Por ocasião do Congresso Nacional de Direito Constitucional e Administrativo realizado no Recife, o Min. do STF Eros Grau ressaltou que a norma jurídica é o resultado da interpretação do texto de lei. Dessa forma, constata-se que a jurisprudência normativa (súmulas), desenvolvida pelos tribunais, decorrente de reiteradas decisões em casos semelhantes e, na qualidade de fonte de Direito[38], deve naturalmente ser seguida pelo magistrado em sua decisão.

Esse fato, em nenhum momento, retira a independência do magistrado, todavia, apenas proporciona um limite interpretativo em prol dos princípios da isonomia (evitando que juízes decidam diferentemente em casos idênticos), da celeridade e da economia processual. Além disso, a jurisprudência normativa é um instrumento que combate o acúmulo de processos nos tribunais superiores.[39] Como oportunamente salienta a Juíza Federal Mônica Sifuentes, o magistrado não

[37] MARINONI, Luiz Guilherme. **Ações Repetitivas e Julgamento Liminar.** Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/artigos.php> Acesso em: 04 jun. 2007.

[38] MONTORO, André Franco. **Introdução a Ciência do Direito**. 24. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 352.

[39] SIFUENTES, Mônica. op. cit, p. 285-291.





deve ficar adstrito somente à lei, mas ao Direito como um todo, o qual engloba a jurisprudência normativa.

## 9 CONCLUSÃO

Quanto ao art. 557 do CPC, não há inconstitucionalidade tendo em vista que o relator, o qual decide monocraticamente, representando o colegiado, terá a sua decisão revista pelo ente coletivo se a parte ingressar com o agravo interno. Ocorrendo tal fato, a questão será apreciada pelo órgão que, originariamente e constitucionalmente, possui a competência para tanto. Dessa forma, interposto o agravo interno, a decisão do relator será analisada pelo colegiado, o qual verificará a sua pertinência, no que tange as hipóteses previstas no art. 557 do CPC.

Destarte, não há violação aos princípios do duplo grau de jurisdição, do contraditório e do juiz natural, vez que a parte não está impossibilitada de ser ouvida pelo colegiado. Assim, o agravo interno submeterá, ao crivo do órgão constitucionalmente competente, a decisão monocrática do relator e o recurso obstado.

O ato de negativa de seguimento recursal se justifica na medida em que o órgão de segundo grau, na pessoa do relator, tem a ciência de que o recurso não irá prosperar por ser contrário a jurisprudência normativa dos tribunais. Porém, se o relator agisse de forma diversa, mesmo tendo ciência de tal fato, motivaria uma demora, sem nenhuma utilidade, no andamento processual.

Esse dispositivo representa, pela sua abrangência, um grande avanço, pois, apesar de não ser recente, autoriza a negativa de seguimento em relação a qualquer recurso que contra-

rie entendimento sumular, seja do próprio tribunal ou emitido pelas instâncias extraordinárias. De modo que, já se revela um progresso na busca por uma justiça mais célere.

Com relação ao fato de a negativa de seguimento recursal ser uma faculdade ou dever, entende-se que é um poder/dever, pois está expresso no próprio dispositivo legal, de forma imperativa, que o relator "*negará*". Além disso, se tal poder fosse apenas uma prerrogativa, seria, de certa maneira, uma contradição com os fins do art. 557, que são: Combater o acúmulo de processos que envolvam questões idênticas nos tribunais superiores e privilegiar a celeridade.

Assim, por exemplo, o relator, mesmo tendo ciência do confronto com súmula do próprio tribunal, de tribunal superior ou do STF, prefere encaminhar o recurso para julgamento do colegiado, o que, posteriormente, pode resultar na interposição de um recurso especial ou extraordinário. Por outro lado, na condição de poder/dever, o relator, obrigatoriamente e de forma monocrática, já "comunica" ao recorrente que o seu recurso confronta com súmula, desestimulando-o de continuar recorrendo, vez que não terá sucesso.

No que diz respeito ao agravo interno, pensa-se que tenha natureza recursal, tanto é que se submete aos pressupostos recursais de admissibilidade. Entretanto, também tem a função de controlar, complementar ou referendar a decisão monocrática do relator e isso o torna um mecanismo de conferencia da delegação do colegiado junto ao relator. O órgão plural, por ser o verdadeiro destinatário constitucional do recurso principal, controla, através do agravo interno, as decisões monocráticas do relator que atua em seu nome. É justamente esse instrumento que assegura a constitucionalidade do art. 557 do CPC, por estar em consonância com o princípio do juiz natural.





No que tange à questão da não impugnação do agravado, verifica-se que realmente há violação ao princípio do contraditório na redação do § 1º do art. 557 que, por sinal, é clara. Dessa forma, antes do julgamento do agravo interno pelo colegiado, deveria o agravado apresentar a sua resposta. Porém, o dispositivo legal não prevê esse ato jurídico processual em proveito da celeridade. Entretanto, o correto seria que, em homenagem ao princípio do contraditório e não havendo retratação do relator, o agravado fosse ouvido a fim de reforçar a tese de manutenção do entendimento do relator perante o colegiado.

Quanto ao novel § 1º do art. 518 do CPC, não há inconstitucionalidade, pois o magistrado apenas não receberá apelações que forem contrárias a súmulas do STJ ou STF. Os enunciados resultam, justamente, da grande repetição de acórdãos de casos semelhantes. Inconstitucional seria se o juízo não decidisse conforme os mesmos, vez que estaria ensejando uma delonga sem qualquer utilidade para, afinal, ter a sua sentença necessariamente reformada, em grau recursal. Dessa forma, apenas se conferiu ao juízo de primeira instancia, o poder que o relator já possuía anteriormente com o advento do art. 557.

Outro aspecto que merece ser ressaltado, com relação ao mencionado parágrafo, é que o magistrado, expressamente, não está obrigado a seguir o enunciado, vez que pode decidir conforme ou contra sumula, desde que não seja vinculante. Todavia, se seguir a primeira hipótese, não deverá receber o recurso de apelação. Esse ponto refuta, totalmente, a argüição de perda da independência do juiz. Por outro lado, no caso de o juiz decidir contrariamente a súmula do STJ ou do STF, terá que receber a apelação. Assim, o magistrado só deverá negar seguimento a apelação no caso de proferir sentença em

consonância com entendimento sumular do STJ ou do STF. Importante destacar que, com relação a hipótese de súmula vinculante, a decisão do juízo, em sentido contrário, resultará em reclamação para o STF, pois nessa situação há uma obrigatoriedade expressa de seguir a jurisprudência normativa.

Impende enfatizar, por oportuno, que o mencionado parágrafo não contraria o duplo grau de jurisdição. O que ocorre, em verdade, é a criação de óbices para o conhecimento da apelação, tendo em vista que a sentença, estando de acordo com entendimento dos tribunais, encerra o teor de várias decisões no mesmo sentido para casos semelhantes. Trata-se de um óbice plausível, vez que seria incoerente que o juiz, decidindo conforme o entendimento dos tribunais, retardasse o prolongamento do processo sabendo que não proporcionaria utilidade alguma. Com efeito, o duplo grau de jurisdição continua sendo privilegiado na medida em que a decisão interlocutória de negativa de recebimento poderá ser atacada por meio do agravo de instrumento. Portanto, a barreira imposta pelo § 1°, o qual, na verdade, institui um novo pressuposto de admissibilidade da apelação, não impossibilita o duplo grau de jurisdição.

No que diz respeito as súmulas vinculantes, não se observa nenhuma afronta a independência do juiz, vez que o tribunal não irá dizer como o magistrado deverá sentenciar (procedência ou improcedência) ou como apreciar as provas. Contudo, para o mesmo decidir, deverá considerar, necessariamente, a interpretação de lei, constante de entendimento vinculante emitido pelo STF. Assim, com base em tal exegese, poderá decidir pela procedência ou improcedência da ação. Isto é, a interpretação da lei, contida na súmula, poderá conduzir tanto para procedência quanto para improcedência. Tudo dependerá do que ficar provado nos autos. Então, o juiz, com





base naquilo que ficar provado, irá sentenciar conforme a interpretação jurídica inclusa na súmula.

Destarte, nota-se que as reformas do Código de Processo Civil são direcionadas no sentido de proporcionar uma duração razoável ao processo e, por conseguinte, de garantir uma prestação jurisdicional justa, adequada ao caso concreto. Nesse sentido, a inovação do § 1° do art. 518 está em consonância com o inciso LXXVIII do art. 5° da Carta Magna, o qual foi alterado pela Emenda Constitucional n° 45/2004 e que possui o seguinte texto: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". É importante ressaltar que tanto o art. 557 quanto o § 1° do art. 518 têm por escopo não somente a celeridade processual, com a entrega de uma eficaz e justa prestação jurisdicional em tempo razoável, mas, também, evitar o acúmulo de processos nas cortes superiores.

Considerando o texto constitucional transcrito acima, constata-se que as reformas do Estatuto dos Ritos estão no caminho certo, que é o de instituir mecanismos capazes de conjugar duração razoável do processo com decisões justas, o que resultará numa sociedade mais crente na EFICÁCIA das leis e na JUSTIÇA.

## 10 REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. **Código de Processo Civil**. 13. ed., São Paulo: Rideel, 2007.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti- **Breves Considerações sobre as Mudanças do Sistema Recursal, Implementadas pe-**

**las Leis Nº 11.187/2005 e 11.276/2006.** Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8523>. Acesso em: 24 maio 2007.

BOTELHO, Marcos César- **As Alterações das Leis nº 11.276, 11.277 e 11.280.** Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8598>. Acesso em: 29 maio 2007.

BRANDO, Marcelo Santini- **O Dilema da Celeridade e a Necessária Correção do Direito.** Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8031>. Acesso em: 28 maio 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006..

CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido R.- **Teoria Geral do Processo.** 15. ed. São Paulo: Malheiros , 1999.

DINAMARCO, Tassus- **Questões Sobre a Reforma do Código de Processo Civil.** Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9635>. Acesso em: 26 maio 2007.

FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil.** 37 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.





JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme- **Ações Repetitivas e Julgamento Liminar.** Disponível em <http://www.professormarinoni.com.br /artigos.php> Acesso em : 04 jun. 2007.

MONTORO, André Franco. **Introdução a Ciência do Direito.** 24. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MORAES, Carlos Frederico Gonçalves de. O Juízo de Admissibilidade dos Recursos e a Inovadora Proposta Legislativa Impeditiva da Apelação na Hipótese de Congruência da Sentença com as Súmulas do STJ e do STF**. Revista da Esmape**, Recife, n. 22, v. 10, 2005.

REIS, Nazareno Moreira- Súmula "Vinculante": **Uma Petição de Princípio.** Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6376> Acesso em: 04 jun. 2007

SÁ, Djanira Maria Radamés de. O Duplo Grau de Jurisdição Como Garantia Constitucional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e NERY JÚNIOR, Nelson (coord.). **Aspectos polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SIFUENTES, Mônica. Súmula Vinculante- **Um Estudo sobre o Poder Normativo dos Tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Mário Teixeira da. **Recursos Cíveis e Poderes do Relator**. Curitiba: Juruá. 2007.

SLAIB FILHO, Nagib - **Notas sobre o art. 557 do CPC. Competência do Relator de Prover e de Negar Seguimento a Recurso .**Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3792> Acesso em: 22 maio 2007.

STRECK, Lenio Luiz ; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de - **(Mais) Um Passo Atrás no Direito Brasileiro. Quem Vai Cuidar do Guarda da Esquina?** Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7987> Acesso em: 29 maio 2007.



# A MISSÃO DAS ESCOLAS DE MAGISTRATURA NA FORMAÇÃO DOS JUÍZES EM FACE DA VIOLÊNCIA SOCIAL[1]

***Silvia Renata de Araujo Oliveira***
Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Caruaru. Especialização em Direito Processual pela Asces. Especialização em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - Esmape. Pós-graduação – Curso Preparação à Magistratura pela ESMAPE. Atuação na área de Direito Público, com ênfase em Direito Processual Penal, Direito Penal e Segurança Pública. Professora de Direito Penal na AESGA - Faculdade de Direito de Garanhuns. Funcionária do Tribunal de Justiça de Pernambuco. II Concurso de Monografias Jurídicas "Prêmio Desembargador Cláudio Américo de Miranda", realizado pela Esmape.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 UM ENSINO JURÍDICO VOLTADO À JUSTIÇA. 2 O RECRUDECIMENTO DA VIOLÊNCIA. 2.1 A Evolução do *Jus Puniendi* e o Estado Democrático de Direito. 3 O BENEFÍCIO SOCIAL COMO LASTRO LEGITIMADOR DAS INSTITUIÇÕES. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

[1] Texto adaptado da monografia premiada no II Concurso de Monografias Jurídicas "Prêmio Desembargador Cláudio Américo de Miranda" realizado pela Esmape.

## INTRODUÇÃO

O trabalho tem a proposta de demonstrar a necessidade do ensino jurídico associado à aplicação na realidade social. Partindo-se da premissa de que vivemos em uma sociedade permanentemente conflituosa e cada indivíduo é parte co-responsável por esse todo social, faz-se premente que o ordenamento jurídico seja ensinado em conformidade com os principais anseios e necessidades coletivas.

É mister que as instituições de ensino não estejam adstritas ao estéril tecnicismo do ordenamento positivado, sendo capazes de formar profissionais comprometidos com o aperfeiçoamento da coletividade, através de uma justiça participativa, capaz de alterar e melhorar o cotidiano.

Objetivamos demonstrar que as Escolas de Magistratura devem buscar capacitar e aprimorar o conhecimento técnico dos juízes para o exercício da função judicante em sintonia com os anseios de paz social, proporcionando a efetiva formação profissional que permita aos magistrados e operadores do Direito aplicarem a justiça num misto de capacidade técnica, doação, cientificidade, emoção e acima de tudo compromisso ético verdadeiro com a realidade e com os cidadãos nela inseridos.

Pretendemos abordar a problemática que está inserida na docência jurídica no tocante à necessária integração 'pragmática' das doutrinas ministradas com os anseios sociais. Devendo-se, para tanto, sob pena de se perder a razão do ensino, primar por construções doutrinárias que apresentem um atrelamento à pacificação social de modo que não pareçam meras criações abstratas. Refutando teorias e doutrinas alheias às necessidades, sob pena de aplicar-se à sociedade normas vazias de conteúdo.

A elaboração da monografia foi pautada na análise da doutrina didática, e jurídica, pretendendo apresentar a formação do jurista como um transformador do meio social. O ponto de partida da nossa jornada é fazer ver a necessidade de um efetivo compromisso das instituições de ensino jurídico com a formação de pensadores do direito, ao invés de simples técnicos. Partimos das percepções pedagógicas do Professor Paulo Freire, sem nos imiscuir da sua missão panfletária, utilizamos os seus referenciais de eticidade e dedicação à construção do saber crítico.





Aliada à pesquisa doutrinária, utilizamo-nos das experiências obtidas em sala de aula, na docência da disciplina de direito penal; quando da análise da 'Teoria Geral do Crime', enfocamos a construção de um conhecimento capaz de repercutir na formação acadêmica de juristas com capacidade reflexiva; e através do estudo das modernas correntes do direito penal traçamos perspectivas para a pacificação social, ou, no mínimo, reflexões proveitosas sobre o tema.

Ao longo do trabalho abordamos os conflitos sociais violentos, através da perspectiva histórica da evolução do direito de punir. Observamos, no decorrer da história, o papel do Estado nas opções punitivas que são impostas ao agente infrator das normas de convivência, objetivando com isso demonstrar a alteração de paradigmas do Estado Democrático de Direitos.

Sem a pretensão de traçar um panorama da violência no Brasil ou atribuir culpados pelo recrudescimento dos atos violentos nesse começo de século, tentamos apresentar alternativas, demonstrando a necessidade de uma participação efetiva dos aplicadores do direito diante dos conflitos sociais, e com essa mudança de postura influir na verdadeira missão de paz que se mostra iminentemente necessária.

A partir do estudo da evolução nos meios punitivos, observamos o papel do julgador no processo de repressão à violência. Visualizando a construção histórica do processo criminal constitucional e a necessidade de uma postura partici-

pativa do aplicador do direito no Estado Democrático de Direito, propondo que somente através de uma postura ética em busca da efetividade constitucional será possível deter o endêmico aumento da violência social no Brasil.

## 1 UM ENSINO JURÍDICO VOLTADO À JUSTIÇA

A capacidade de refletir e atuar se apresenta como condição primeira no compromisso com o ensino jurídico. A prática educativa deve apresentar-se como um compromisso, arraigado de um irrefragável conhecimento da realidade.

O compromisso educacional não pode se limitar ao caráter técnico, colocando a interação social em segundo plano. Para tanto, faz-se premente uma atuação ética autêntica que apresente efetiva identificação com o contexto social, que reflita a realidade histórica, social, cultural que se pretende interagir.

Sobremaneira ao profissional do direito cabe apreender a complexidade dos acontecimentos sociais para uma melhor interpretação das normas positivadas. A proposta de fazer justiça não se constrói apenas com eficácia técnica, mas precipuamente com a capacidade de reflexão sobre si, sobre o mundo e sua interação com ele.

Não devemos ser levados a uma compreensão mecanicista dos fatos, que reduza a consciência a puro reflexo da materialidade posta. Este é o papel ético das instituições de ensino.

Essa missão ética impõe um ensino jurídico muito mais voltado à Justiça do que ao direito positivo. Ao Estado cabe o papel de ditar as normas que solucionam os conflitos decorrentes da convivência grupal. Aos aplicadores do direito cabe aplicar a lei criada pelo Estado, observando a ressonância das suas decisões nas expectativas e necessidades coletivas.

A educação não pode ser limitada a reproduzir teorias ou doutrinas impostas. Ao contrário: se forma como uma





força de desocultação da realidade, a atuar livremente. A sociedade esteve e está sujeita a inúmeras situações, movimentos e teorias que criam legislações que encontram dissonância com a justiça social, colocando o profissional do direito numa situação em que precisa exercitar desafios intelectuais para promover perspectivas que levem à Justiça. (FREIRE, 1996, p. 99)

A tendência a uma educação friamente tecnicista produz um educador com muito pouco de formador, com muito mais de treinador, de exercitador de habilidades técnicas, diante do que se forma a acomodação ao mundo e se refuta a um segundo plano a sua melhoria e transformação.

O chamado tecnicismo, das décadas de 60 e 70, cuja característica maior foi o desenvolvimento excessivo da dimensão técnica, que servia para encobrir a violência da vida institucional não pode apresentar-se como referencial didático. A técnica por si só, nada vale, e da mesma forma haverá descrédito de uma atividade efetuada com ausência desta. (CASTANHO, 2005, p. 92)

A busca por métodos mais modernos e eficazes ao processo educativo gera a necessidade de se ultrapassar o tecnicismo educacional, alcançando, através do debate e da discussão, um aprendizado dialético, onde haja desenvolvimento intelectual e emocional.

A utilização de método de discurso e discussão já estava presente no século VI, na Grécia Antiga, alterando os hábitos daqueles tempos. No decorrer da História há várias contribuições ao método de aprendizagem através da discussão, dadas por Sócrates, que acrescenta o diálogo e as perguntas ao método de discussão e debate.

Do latim *discutere*, discussão significa sacudir, abalar. É analisar minuciosamente todas as implicações contidas em uma teoria ou exposição. Ao aplicador do direito cabe observar as posições e facetas de um dado ponto de vista antes de aceitá-lo.

Do latim *debattuere*, debate significa disputar, alterar, brigar. Recurso utilizado para confrontar idéias diversas. É a comparação de pontos de vistas diferentes.

O conhecimento nascido de um processo dialético de estudo traz um aprofundamento da idéia. A capacidade de utilização desse conhecimento pelo hermeneuta jurídico se torna muito mais ampla, possibilitando-o lidar com os reflexos desse conhecimento no mundo.

Ultrapassamos o conceito de aprendizagem com significado restrito, como reprodução de conhecimento ou aquisição de técnica profissional. O aprendizado deve ser visto como um conjunto de capacidades e conhecimentos que deixam aptos os detentores do conhecimento a solucionar conflitos com o que lhes foi ensinado.

A formação do jurista deve ser pautada na participação efetiva na resolução dos conflitos sociais. Principalmente num contexto de Estado Social de Direito não pode haver uma aplicação de normas tão somente para viabilizar a organização estatal sob o ponto de vista ordenador e repressor, desta forma o direito acaba se confundindo com mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade social.

Cabe às instituições do ensino jurídico, mais que treinar no desempenho de técnicas, formar um referencial de aplicador do direito participativo, consciente e responsável pela sociedade que atua.

No dizer de Paulo Freire:

> Na verdade, seria incompreensível se a consciência de minha presença no mundo não significasse já a impossibilidade de minha ausência na construção da própria presença. Como presença consciente no mundo não posso escapar à responsabilidade ética no meu mover-me no mundo. Se sou puro produto da determinação genética ou cultural ou de classe, sou irresponsável pelo que faço no mover-me no mundo e se careço de responsabilidade não posso falar em ética. Isto não significa negar os condicionamentos genéticos, culturais, sociais a que estamos submetidos. Significa reconhecer que somos seres condicionados, mas não determinados. Reconhecer que a História é tempo de possibilidade e não de determinismo, que o futuro, permita-se-me reiterar, é problemático e não inexorável. (1996, p. 19)





E complementa, defendendo que "não é possível um compromisso autêntico se, àquele que se julga comprometido à realidade se apresenta como algo dado, estático e imutável" (2002, p. 25):

> Não devo julgar-me, como profissional, "habitante" de um mundo estranho; mundo de técnicos e especialistas salvadores dos demais, donos da verdade, proprietários do saber, que devem ser doados aos "ignorantes e incapazes". Habitantes de um gueto, de onde saio messianicamente para salvar os "perdidos", que estão fora. Se procedo assim, não me comprometo verdadeiramente como profissional nem como homem. Simplesmente me alieno. (2002, p 20-21)

Ao expor as suas idéias em Pedagogia da Autonomia, Paulo Freire demonstra a educação como forma de intervenção no mundo, intervenção que vai além do conhecimento dos conteúdos, implica o seu desmascaramento, se mostrando afrontado diante da inércia:

> Dai o meu nenhum interesse de, não importa que ordem, assumir um ar de observador imparcial, objetivo, seguro, dos fatos e dos acontecimentos. Em tempo algum

> pude ser um observador "acinzentadamente" imparcial, o que, porém, jamais me afastou de uma posição rigorosamente ética. Quem observa o faz de um certo ponto de vista, o que não situa o observador em erro. O erro na verdade não é ter um certo ponto de vista, mas absolutizá-lo e desconhecer que, mesmo do acerto de seu ponto de vista é possível que a razão ética nem sempre esteja com ele. (1996, p.14)

É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância do julgador preocupado com a comunidade a qual está inserido, pois ele tem que estar em condições de realizar, através do ordenamento jurídico, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social.

Quando da aula inaugural do Curso de Iniciação à Magistratura, destinado aos Magistrados aprovados no VII Concurso para Juizes Federais Substitutos, o Desembargador Jones Figueiredo Alves expressa com maestria a necessidade de elevação do caráter moral e ético do julgador, como suporte de validade da autoridade de seus julgados:

> Há um evangelho humanista na função de julgar. O magistrado, ao decifrar o enigma da complexidade litigiosa, exercita um apostolado axiológico da verdade dos fatos em conformidade com a interioridade humana dos conflitos postos a julgamento. É iluminador de verdades, construtor de consistências, aprendiz experiente das dores e das aflições individuais ou coletivas. A sua análise, mais do que sob o domínio da lei, assenta-se na realidade exterior para produzir o direito e nessa produção de justiça a palavra sentencial fundamentalmente dialoga,





> em relação essencial, com a função significante de um ministério de verdadeira paz. É o juiz o pacifista dos homens e de suas divergências e, sobremodo, um humanista comprometido com a dignidade da vida e das pessoas[2]. (2006, p. 115-116)

Neste contexto, às Escolas de Magistratura cabe a tarefa de formar não somente o aplicador do direito limitado, mas o conhecedor-investigador, o descobridor da verdade ou do que estiver mais perto dela. Sublinhamos a responsabilidade ética destas instituições, e dos demais institutos jurídicos de ensino. A natureza da prática educativa está permeada em sua totalidade pelo sentido da necessária eticidade. (FREIRE, 1996, p. 15)

## 2 O RECRUDECIMENTO DA VIOLÊNCIA

Aqui ingressaremos numa abordagem da violência social, sem pretender, no entanto, uma abordagem jornalística do tema. Objetivamos analisar o aspecto da punição proposta pelo Estado Democrático de Direito.

Não objetivamos exaurir as causas que ensejam os atos violentos. Muitas teses poderiam ser defendidas, todas elas com sua devida razão e seu percentual de interesse ideológico.

Para alguns, tudo se resume à desigualdade social. No entanto, atribuir a desigualdade social e ao sistema capitalista toda a responsabilidade pelo recrudescimento da violência seria no mínimo um esquerdismo ingênuo sem maiores confrontos críticos. Por óbvio que há conseqüências pela opção do modo de produção que aceita a exploração em

[2] O Desembargador apresenta a atividade de julgar como um ministério, batizando o *ethos* do magistrado da sua primeira grandeza moral.

> pude ser um observador "acinzentadamente" imparcial, o que, porém, jamais me afastou de uma posição rigorosamente ética. Quem observa o faz de um certo ponto de vista, o que não situa o observador em erro. O erro na verdade não é ter um certo ponto de vista, mas absolutizá-lo e desconhecer que, mesmo do acerto de seu ponto de vista é possível que a razão ética nem sempre esteja com ele. (1996, p.14)

É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância do julgador preocupado com a comunidade a qual está inserido, pois ele tem que estar em condições de realizar, através do ordenamento jurídico, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social.

Quando da aula inaugural do Curso de Iniciação à Magistratura, destinado aos Magistrados aprovados no VII Concurso para Juizes Federais Substitutos, o Desembargador Jones Figueiredo Alves expressa com maestria a necessidade de elevação do caráter moral e ético do julgador, como suporte de validade da autoridade de seus julgados:

> Há um evangelho humanista na função de julgar. O magistrado, ao decifrar o enigma da complexidade litigiosa, exercita um apostolado axiológico da verdade dos fatos em conformidade com a interioridade humana dos conflitos postos a julgamento. É iluminador de verdades, construtor de consistências, aprendiz experiente das dores e das aflições individuais ou coletivas. A sua análise, mais do que sob o dominio da lei, assenta-se na realidade exterior para produzir o direito e nessa produção de justiça a palavra sentencial fundamentalmente dialoga,





> em relação essencial, com a função significante de um ministério de verdadeira paz. É o juiz o pacifista dos homens e de suas divergências e, sobremodo, um humanista comprometido com a dignidade da vida e das pessoas[2]. (2006, p. 115-116)

Neste contexto, às Escolas de Magistratura cabe a tarefa de formar não somente o aplicador do direito limitado, mas o conhecedor-investigador, o descobridor da verdade ou do que estiver mais perto dela. Sublinhamos a responsabilidade ética destas instituições, e dos demais institutos jurídicos de ensino. A natureza da prática educativa está permeada em sua totalidade pelo sentido da necessária eticidade. (FREIRE, 1996, p. 15)

## 2 O RECRUDECIMENTO DA VIOLÊNCIA

Aqui ingressaremos numa abordagem da violência social, sem pretender, no entanto, uma abordagem jornalística do tema. Objetivamos analisar o aspecto da punição proposta pelo Estado Democrático de Direito.

Não objetivamos exaurir as causas que ensejam os atos violentos. Muitas teses poderiam ser defendidas, todas elas com sua devida razão e seu percentual de interesse ideológico.

Para alguns, tudo se resume à desigualdade social. No entanto, atribuir a desigualdade social e ao sistema capitalista toda a responsabilidade pelo recrudescimento da violência seria no mínimo um esquerdismo ingênuo sem maiores confrontos críticos. Por óbvio que há conseqüências pela opção do modo de produção que aceita a exploração em

[2] O Desembargador apresenta a atividade de julgar como um ministério, batizando o *ethos* do magistrado da sua primeira grandeza moral.

prol do lucro, no entanto, as origens da violência vão além do modo de produção.

O combate à criminalidade, sabemos todos, passa pela melhoria das condições de vida da sociedade como um todo e minimização das desigualdades sociais, mas não pode ser alçado como solução absoluta para tal.

Para outro grupo, no afã de satisfazer a opinião pública e como resposta à violência urbana opta-se pelo recrudescimento das leis e draconização das interpretações legislativas.

A violência encontra-se banalizada, não está adstrita ao grupo de miseráveis marginalizados. A sociedade se voltou para a violência como opção de solução de toda sorte de conflitos: domésticos, dificuldades de relacionamento comunitário, disputas éticas, imposição de opção política.[3]

É como se a sociedade desconsiderasse todos os avanços históricos que a humanidade obteve e se voltasse completamente para a violência para a solução dos conflitos.

Observamos diariamente a desmedida série de crimes violentos que são praticados. As reflexões são sempre de indagar o porquê dos excessos, o quê enseja tanta covardia e descontrole.

Uma análise da violência social deve passar primordialmente pela crise das instituições, a fraqueza do Estado Pós-Moderno, a inexistência de valores éticos. As instituições não apresentam lastro de referência moral à sociedade, são incapazes de demonstrar comprometimento e eficácia.

O Estado-Administração apresenta-se enfraquecido, enfraquecimento que é fruto da própria formação, uma cultura patrimonialista, individual, interesseira. Não há credibilidade a uma polícia corrompida, um judiciário inerte, um legislativo interesseiro, um Poder Executivo despreparado, um Ministério Público assoberbado. Não existe uma legitimação para o Estado no combate à violência, a atuação estatal está dissociada de lastro de legitimidade.

[3] É a brutalidade do caso João Hélio, Índio Pataxó, espancamento de empregada doméstica, disputas agrárias, universitários descontentes, descontentamento em fila de aeroporto, tudo é resolvido com violência.





A idéia de Estado, sobremaneira o Estado Democrático de Direito deve estar associado à justificação do poder para a busca da realização do homem, através de um mínimo ético necessário. (PACELLI, 2004, p. 12) Do contrário a existência desse Estado Democrático de Direito sofrerá questionamentos acerca da pertinência de seus propósitos.

> No quadro de uma ordem constitucional fundada na instituição de amplas garantais e direitos individuais, positivados e posicionados como fundamentais como é o caso do Estado brasileiro, cumpre, desde logo, avançar sobre o modelo de definição do poder político e das liberdades públicas, para que se possa conhecer o tipo de processo público que se propõe para a viabilização de tais pretensões (direitos e garantias fundamentais). A perspectiva com a qual se procederá a esta tarefa será dada no contexto de um modelo específico de Estado, ou, para usar uma expressão tão ao gosto da atual ciência do direito, pelo e no paradigma do Estado Democrático de Direito.
>
> Na perspectiva do Direito, a idéia de Estado, enquanto organização política do poder, pode e deve ser examinada segundo a justificação desse poder, para que se saiba de sua finalidade. Se no período clássico, primeiro na Grécia e depois em Roma, o fim primeiro e último do estado (*politéia*) justificava-se na medida de sua dimensão ética, enquanto comunidade voltada para a realização do bem do indivíduo (Grécia), e da realização do indivíduo (pelo justo) para a comunidade (Roma), o Estado moderno, no século XVII, abdicou de qualquer referencial ético, passando a buscar a sua legitimação e justificação não fora dele, mas em si e por si mesmo. (PACELLI, 2004, p.10-11)

Para que se justifique a sua existência e finalidade o Estado Democrático de Direito deve apresentar-se como concretizador de direitos de conteúdo social, apresentando pretensões preferencialmente sociais, adquirindo assim legitimidade.

## 2.1 A Evoluçao do *Jus Puniendi* e o Estado Democrático de Direito

Numa concepção de Estado Democrático de Direito a participação estatal em relação à violência não pode ser meramente repressiva, mas indispensavelmente interventora.

Partimos da premissa que a pena constitui um recurso elementar com que conta o Estado e ao qual recorre, quando necessário, para tornar possível a convivência entre os homens. O direito de punir constitui um recurso legítimo do Estado para intervenção social desde que esteja adstrito ao referencial ético de respeito à dignidade humana.

Partindo da premissa que a aplicação do ordenamento jurídico no Estado Democrático de Direito deve apresentar uma missão interventora de melhoria social, alcançamos a necessidade de ultrapassar uma visão do direito sob uma perspectiva meramente ordenadora e eficaz para a repressão.

Aqui, utilizamo-nos da evolução do direito punitivo como referencial de análise da resposta estatal à violência social.

Diante dos atos de violência, as agressões à sociedade têm como resposta, a aplicação do *jus puniendi*. No decorrer dos tempos esta repressão aos atos de violência apresentou reformas e os critérios punitivos foram redefinidos.

O homem tem sempre estado organizado em grupos desde os primórdios da humanidade, entretanto, essa interação social nem sempre é harmônica. E havendo a necessidade de regulamentar a vida em comum, o homem estabeleceu regras





de convivência, estabelecendo punições aos infratores destas regras sociais.

A lei penal dos tempos medievais tinha como objetivo disseminar o medo coletivo. Até o século XVIII o direito punitivo estava baseado na crueldade, aplicando-se os mais terríveis tormentos, com a anuência de um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas.

Os povos primitivos tiveram na vingança privada a mais freqüente forma de punição. À violência tinha como resposta: violência.

Ultrapassada a fase da vingança privada tem início o domínio da Igreja sobre o poder punitivo, na Vingança Divina, a repressão ao crime estava ligada à satisfação dos deuses, através do martírio. (MIRABETE, 2001, p.35)

Bruxas e hereges foram submetidos à tortura, a luta contra um inimigo sobrenatural justifica os flagelos físicos, que se apresentavam, segundo o discurso do Santo Ofício, como meio eficiente na caça ao inimigo maior, o demônio. O Santo Ofício incendiou a Europa com suas fogueiras, reprimindo os atos e discursos que viam de encontro ao preconizado pelos canonistas. O sistema inquisitivo transformou a legislação laica da Europa, sob o pretexto de expurgação do mal do seio social, utilizando o sistema punitivo como instrumento de dominação política e social.

Diante das modificações ocorridas pós Idade Média, a vingança sagrada transmuta-se em uma sanção estatal, imposta em nome da autoridade pública.

Com a maior organização social, especialmente com o desenvolvimento do poder político, a pena perde sua índole de retribuição sagrada, assumindo caráter administrativo.

Diante do declínio do poder religioso que perde forças no estado burguês laico, a vingança sagrada transforma-se em uma sanção imposta em nome da autoridade governamental. A vingança pública surge como resposta ao delito, marcada

pelo flagelo ao corpo, devendo-se compreender o suplício judiciário aqui também como ritual político, a cerimônia da punição é manifestadora do poder do Rei que pune o acusado não somente pelo crime cometido contra o co-cidadão, mas por infringir a lei do Soberano, lei esta que enquanto obedecida o manterá no poder. (FOUCAULT, 1987, p.14)

Nos primeiros tempos do domínio da punição pelo Estado tem-se o flagelo do corpo, que é supliciado como resposta ao delito. No momento da aplicação da penalidade manipula-se o corpo, há uma relação castigo-corpo e a dor apresenta-se como elemento constitutivo da pena.

As punições físicas são efetuadas em praça pública e o suplício do condenado é exposto aos espectadores. A morte é longa e cruel. O castigo é o conjunto de sensações insuportáveis. Tira-se a vida fazendo com que o condenado sinta o mal. A pena compreende um meticuloso cerimonial de dor. É o espetáculo da punição, onde a comunidade é telespectadora do sofrimento e arrependimento sentido pelo apenado. (FOUCAULT, 1987, p. 15)

Daí infere-se a importância do ritual público da punição que se mostra como o triunfo da lei e a vitória do soberano pessoalmente ofendido, reflete a vingança do rei e nada deve ser escondido desse triunfo. O ritual é pensado e moldado para exibir o arrependimento da traição, o apenado ajoelha-se e declara o seu arrependimento pela ofensa a Deus e ao rei, servindo assim, para impedir novos atentados ao seu soberano. A execução pública é mais uma manifestação de força do que uma obra de justiça.

Segundo Foucault o suplício judiciário apresenta um aspecto político, como manifestação do poder do soberano que também é atacado com a prática do crime. Há um prejuízo ao que faz valer a lei que revida com a punição dolorosa. A intervenção do soberano além de arbitragem entre adversários é réplica ao ofensor do seu poder. (FOUCAULT, 1987, p. 43)





O suplício tem então uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstruir a soberania lesada por um instante. A execução pública tem uma finalidade de demonstração da dissimetria entre o súdito violador da lei e o soberano detentor de todo poder. Se a reparação do dano privado ocasionado pelo delito deve ser bem proporcionada, e a sentença justa, a execução, entretanto, é feita para o excesso, devendo haver nessa liturgia da pena, uma afirmação enfática do poder e de sua superioridade. Essa superioridade é da força física do soberano que se abate sobre o corpo do adversário. O suplício apresenta-se não para restabelecer a justiça, mas para reativar o poder.

Final do século XVIII e começo do XIX a punição como espetáculo começa a se extinguir. De forma irregular há uma evolução no processo punitivo, alcança-se novos mecanismos de punição com a redução dos espetáculos do patíbulo, inclusive a morte passa a ser mais rápida e discreta. Do corpo supliciado, atenazado, puxado e desmembrado por cavalos, passamos à guilhotina e as máquinas de morte rápidas, das carroças que arrastavam os condenados a serviços forçados passa-se às carruagens celulares, identificadas com pintura preta. A punição já não necessita ser uma a demonstração pública de sofrimento. (FOUCAULT, 1987, p. 12)

A punição deixa de ser gloriosa, o carrasco pode ser visto como um criminoso e o juiz como assassino, sendo o acusado objeto de piedade. A Justiça passa a se envergonhar da punição imposta ao condenado. "É indecoroso ser passível de punição, mas pouco glorioso punir" (FOUCAULT, 1987, p. 13). Os magistrados ultrapassam o papel de castigadores, buscam-se como reeducadores. Há uma modificação teórica na essência da pena, esta, busca ser curativa.

Não se deve mais tocar no corpo, o sofrimento físico não é mais um elemento constitutivo da pena. O domínio do corpo pela justiça faz-se à distância, segundo regras rígidas com

pelo flagelo ao corpo, devendo-se compreender o suplício judiciário aqui também como ritual político, a cerimônia da punição é manifestadora do poder do Rei que pune o acusado não somente pelo crime cometido contra o co-cidadão, mas por infringir a lei do Soberano, lei esta que enquanto obedecida o manterá no poder. (FOUCAULT, 1987, p.14)

Nos primeiros tempos do domínio da punição pelo Estado tem-se o flagelo do corpo, que é supliciado como resposta ao delito. No momento da aplicação da penalidade manipula-se o corpo, há uma relação castigo-corpo e a dor apresenta-se como elemento constitutivo da pena.

As punições físicas são efetuadas em praça pública e o suplício do condenado é exposto aos espectadores. A morte é longa e cruel. O castigo é o conjunto de sensações insuportáveis. Tira-se a vida fazendo com que o condenado sinta o mal. A pena compreende um meticuloso cerimonial de dor. É o espetáculo da punição, onde a comunidade é telespectadora do sofrimento e arrependimento sentido pelo apenado. (FOUCAULT, 1987, p. 15)

Daí infere-se a importância do ritual público da punição que se mostra como o triunfo da lei e a vitória do soberano pessoalmente ofendido, reflete a vingança do rei e nada deve ser escondido desse triunfo. O ritual é pensado e moldado para exibir o arrependimento da traição, o apenado ajoelha-se e declara o seu arrependimento pela ofensa a Deus e ao rei, servindo assim, para impedir novos atentados ao seu soberano. A execução pública é mais uma manifestação de força do que uma obra de justiça.

Segundo Foucault o suplício judiciário apresenta um aspecto político, como manifestação do poder do soberano que também é atacado com a prática do crime. Há um prejuízo ao que faz valer a lei que revida com a punição dolorosa. A intervenção do soberano além de arbitragem entre adversários é réplica ao ofensor do seu poder. (FOUCAULT, 1987, p. 43)





O suplício tem então uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstruir a soberania lesada por um instante. A execução pública tem uma finalidade de demonstração da dissimetria entre o súdito violador da lei e o soberano detentor de todo poder. Se a reparação do dano privado ocasionado pelo delito deve ser bem proporcionada, e a sentença justa, a execução, entretanto, é feita para o excesso, devendo haver nessa liturgia da pena, uma afirmação enfática do poder e de sua superioridade. Essa superioridade é da força física do soberano que se abate sobre o corpo do adversário. O suplício apresenta-se não para restabelecer a justiça, mas para reativar o poder.

Final do século XVIII e começo do XIX a punição como espetáculo começa a se extinguir. De forma irregular há uma evolução no processo punitivo, alcança-se novos mecanismos de punição com a redução dos espetáculos do patíbulo, inclusive a morte passa a ser mais rápida e discreta. Do corpo supliciado, atenazado, puxado e desmembrado por cavalos, passamos à guilhotina e as máquinas de morte rápidas, das carroças que arrastavam os condenados a serviços forçados passa-se às carruagens celulares, identificadas com pintura preta. A punição já não necessita ser uma a demonstração pública de sofrimento. (FOUCAULT, 1987, p. 12)

A punição deixa de ser gloriosa, o carrasco pode ser visto como um criminoso e o juiz como assassino, sendo o acusado objeto de piedade. A Justiça passa a se envergonhar da punição imposta ao condenado. "É indecoroso ser passível de punição, mas pouco glorioso punir" (FOUCAULT, 1987, p. 13). Os magistrados ultrapassam o papel de castigadores, buscam-se como reeducadores. Há uma modificação teórica na essência da pena, esta, busca ser curativa.

Não se deve mais tocar no corpo, o sofrimento físico não é mais um elemento constitutivo da pena. O domínio do corpo pela justiça faz-se à distância, segundo regras rígidas com

um objetivo mais elevado, a educação. Suprime-se o castigo como espetáculo, anula-se a dor como critério de punição estatal.

Com base na filosofia das luzes, surge o período humanitário do Direito Penal, a semente do processo penal moderno nos moldes atuais. Ultrapassamos o sistema processual inquisitivo que se expressa como forma autodefensiva de administração da justiça. O Estado se fortalece, tornando-se cônscio dos perigos que encerra a autodefesa. A violência não se mostra mais como resposta eficaz aos atos de violência da sociedade.

Destarte, a partir de meados do século XIX se alcança a transmutação da dor como punição. No entanto a eliminação dos suplícios pelo Estado não se mostra como uma tendência enraizada, desde então, perdurando, em algumas atávicas práticas.

Os princípios das luzes são o supedâneo ideológico para a alteração da concepção punitiva do Estado Liberal. Em 1763, Cesare Bonesana, imbuído dos princípios iluministas, inicia a obra *Dei delitti e delle pene*, influenciado pelos escritos de Montesquieu, Voltaire, Rosseau. Sua obra é a semente do processo penal moderno, marco divisório do sistema de punição arbitrário para a conciliação da punição com os princípios de humanidade.

Para o Marquês de Beccaria a origem do direito de punir é a segurança geral da sociedade. A aplicação das penas não deve traduzir vingança coletiva, mas, antes, ter em mira a justiça, a prevenção do crime, e a recuperação do criminoso. Nessa matéria é o bem comum que está em jogo, devendo visar tão-somente à defesa da coletividade e à utilidade pública. (2000, p.18). Ao preconizar sobre os limites do *jus puniendi* faz ligação aos sentimentos humanos.

> A moral política não pode oferecer à sociedade nenhuma vantagem durável, se não estiver baseada em sentimentos indeléveis do coração do homem. Qualquer lei que não estiver fundada nessa base achará sempre uma resistência que a constrangerá a ceder. Desse modo, a menor força, aplicada continuamente, destrói por fim um corpo de aparência sólida, pois lhe imprimiu um movimento violento. Façamos uma consulta, portanto, ao coração humano; encontraremos nele os preceitos essenciais do direito de punir. ( 2000, p.18)





Apresenta Beccaria um viés de sensibilidade para a justificativa de punir, dá ao homem a capacidade razoável de construir regras punitivas justas, utilizando-se tão somente da razão e sensibilidade do ser humano. A perspectiva de sensibilidade apresentada reflete o posicionamento eminentemente humanitário da obra dos delitos e das penas. O autor põe em dúvida a eficácia de leis que não se apresentem em consonância com princípios humanitários. (2000, p.19)

O período humanitário traz ao direito penal e processual penal a característica de desvincular a violência dos julgamentos. É a base para os princípios modernos do devido processo legal.

Formuladas as bases do sistema acusatório, no século XX, o processo penal se apresenta com deslocamento no enfoque do seu objeto. Ultrapassada a idéia de vingança corporal como meio punitivo, são introduzidos outros questionamentos na discussão quanto ao poder de punir.

Pugna-se agora pela garantia dos princípios constitucionais ao processo penal, instrumento único para expressão punitiva do Estado.

Hodiernamente partindo-se da premissa de que o homem vive no Estado Social de Direito em uma sociedade solidária, mister em seu objetivo de promover a justiça que a aplicação do direito de punir seja sistematizado em conformidade com as perspectivas sociais, visando muito mais a pacifi-

cação e o reenquadramento do ofensor ao meio social do que o castigo com expiação e sofrimento.

Nessa mesma linha de democratização substancial da justiça, atualmente propugna-se com muita propriedade por um modelo de justiça garantista ou garantismo penal, cujo ponto de partida passa pela teoria estruturada por Luigi Ferrajoli.

Nesse sistema, o juiz assume uma relevante função de garantidor, que não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Ao juiz cabe uma nova posição no Estado Democrático de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, inclusive do réu.

Ferrajoli ao expor sobre a democracia substancial defende que o Estado de direito, visto como resultado do conjunto das garantias liberais e sociais deve ser aquele que expressa um sentido não formal e político de democracia, mas sim substancial e social, refletindo, além da vontade da maioria, os interesses e necessidades vitais de todos. (FERRAJOLI, 2002, p 694)

> Sob o plano lógico, os dois modelos de democracia são obviamente independentes, sendo entre eles independentes os sistemas de garantias constitucionais com vistas a assegurar-lhes, de um lado, as regras idôneas a permitir, segundo os esquemas formais da mera legalidade, a manifestação, direta ou indireta, da vontade da maioria e, de outro, as regras idôneas a vincular, segundo os esquemas substancias da estrita legalidade, os objetos que devem ou não ser matéria de decisões, qualquer que seja o sujeito que decide e qualquer que seja a sua vontade. Mas é ainda claro sob o plano axiológico, que a democracia substancial incorpora valores mais importantes, e de tal maneira prejudiciais à formal. Nenhuma maioria, se tem dito, pode decidir a condenação de um inocente ou a privação dos direitos fundamentais de um sujeito ou de um grupo minoritário; e nem mesmo pode não decidir pelas medidas necessárias para que a um cidadão sejam asseguradas a subsistência e a sobrevivência. O principio da democracia politica, relativo a quem decide, é, em suma, subordinado aos princípios da democracia social relativos ao que não é licito decidir e ao que não é licito não decidir.(FERRAJOLI, 2002, p 694)





Também no Estado Democrático a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em por no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar as parcelas alheias.

A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito, constitui usurpação e jamais um poder legítimo.

Já no século XVII uma das teses de Beccaria é a igualdade dos criminosos que cometem o mesmo delito, perante a lei. Enfoca a tendência do homem de criar privilégios e resguardar-se de punições, tentando assim deter apenas para si as benesses da vida em sociedade e deixando aos co-cidadãos as obrigações cerceadoras. Põe em voga a necessidade de uma distribuição eqüitativa dos modos de correção entre todos os membros da sociedade. (2000, p. 16)

Ihering se referindo as influências das classes profissionais na determinação de esferas punitivas muito bem aborda a influência das classes na produção material legislativa.

A reação singular que as diversas profissões revelam, diante de uma ofensa a determinados institutos que lhes constituem a razão de ser da existência, repete-se nos Estados quanto a institutos que absorvem seus especificos principios vitais.

No direito penal, por exemplo, observamos com clareza um escalonamento preciso dessas reações e, pois, da valoração que dá a cada um de seus institutos.

As condições de existência, a que nos referimos, são responsáveis pelas desnorteantes variações encontradas nas leis penais dos diferentes paises, em relação à leveza ou ao rigor das sanções.

Com maior rigor são punidos, pelos diversos Estados, os crimes que lhes contrariem os principios fundamentais de vida, ao passo que, nos outros casos, é aplicada sanção muitissimo mais leve.

Nos regimes teocráticos, a blasfêmia e a idolatria são delitos capitais, enquanto a desobediência de demarcações, entre duas propriedades, é simples contravenção, como no direito mosaico.

No Estado agricola, ao contrário, pena leve é aplicada a quem blasfema, julgando-se como maior rigor a invasão de terra alheia, como no direito romano antigo.

O Estado comerciante dá maior importância ao crime de moeda falsa e a outros tipos de falsidades, o Estado absolutista aos delitos de lesa-majestade, a República às tentativas de reimplantação da monarquia.

Essa exemplificação põe em relevo dois tipos de tratamento para os crimes, um rigor muito acentuado, por um lado, que se choca, flagrantemente, por outro lado, com o modo brando pelo qual os outros delitos são punidos.

Em resumo, as condições peculiares da vida e das instituições de cada povo são determinantes das reações do sentimento de justiça dos Estados e das pessoas. Se as condições pertinentes a uma dada profissão ou classe social podem atribuir relevância maior a determinado instituto, casos em que a lesão a esse instituto incrementará a reação do sentimento de justiça, as mesmas condições podem, igualmente, ocasionar menor importância, não só no que se refere a certos institutos, como também no tocante à suscetibilidade do sentimento de justiça ofendido.( 1998, p. 52)





O direito penal não pode estar voltado a indivíduos específicos da sociedade, esteriotipados e etiquetados, eximindo as castas altas da punição estatal. Na perspectiva de Estado Democrático de Direito tal quadro deslegitima a atuação estatal no exercício do direito de punir. Dá ensejo ao descrédito da punição e exclui a sua finalidade que é a pacificação social e a melhoria coletiva democraticamente aplicada.

Em paralelo ao bem comum, síntese dos fins do Estado, figura no Estado Democrátido de Direito o valor da justiça como objetivo-síntese da jurisdição no plano social. A eliminação de litígios sem o critério de justiça equivale a uma sucessão de brutalidades arbitrárias que, ao invés de apagar os estados anímicos de insatisfação, acaba por acumular decepções definitivas no seio da sociedade.

## 3 O BENEFÍCIO SOCIAL COMO LASTRO LEGITIMADOR DAS INSTITUIÇÕES

As disposições contidas no ordenamento jurídico substancial constituem para o juiz, em principio, o indicador do critério de justiça pelo qual determinada sociedade optou, em dado quadrante de sua historia; mas, se à lei estiver o juiz atento, sem canais abertos às pressões axiológicas da sociedade e suas mutações, ele correrá o risco de afastar-se dos critérios de justiça efetivamente vigentes.

A reação singular que as diversas profissões revelam, diante de uma ofensa a determinados institutos que lhes constituem a razão de ser da existência, repete-se nos Estados quanto a institutos que absorvem seus especificos principios vitais.

No direito penal, por exemplo, observamos com clareza um escalonamento preciso dessas reações e, pois, da valoração que dá a cada um de seus institutos.

As condições de existência, a que nos referimos, são responsáveis pelas desnorteantes variações encontradas nas leis penais dos diferentes paises, em relação à leveza ou ao rigor das sanções.

Com maior rigor são punidos, pelos diversos Estados, os crimes que lhes contrariem os principios fundamentais de vida, ao passo que, nos outros casos, é aplicada sanção muitissimo mais leve.

Nos regimes teocráticos, a blasfêmia e a idolatria são delitos capitais, enquanto a desobediência de demarcações, entre duas propriedades, é simples contravenção, como no direito mosaico.

No Estado agricola, ao contrário, pena leve é aplicada a quem blasfema, julgando-se como maior rigor a invasão de terra alheia, como no direito romano antigo.

O Estado comerciante dá maior importância ao crime de moeda falsa e a outros tipos de falsidades, o Estado absolutista aos delitos de lesa-majestade, a República às tentativas de reimplantação da monarquia.

Essa exemplificação põe em relevo dois tipos de tratamento para os crimes, um rigor muito acentuado, por um lado, que se choca, flagrantemente, por outro lado, com o modo brando pelo qual os outros delitos são punidos.

Em resumo, as condições peculiares da vida e das instituições de cada povo são determinantes das reações do sentimento de justiça dos Estados e das pessoas. Se as condições pertinentes a uma dada profissão ou classe social podem atribuir relevância maior a determinado instituto, casos em que a lesão a esse instituto incrementará a reação do sentimento de justiça, as mesmas condições podem, igualmente, ocasionar menor importância, não só no que se refere a certos institutos, como também no tocante à suscetibilidade do sentimento de justiça ofendido.( 1998, p. 52)





O direito penal não pode estar voltado a indivíduos específicos da sociedade, esteriotipados e etiquetados, eximindo as castas altas da punição estatal. Na perspectiva de Estado Democrático de Direito tal quadro deslegitima a atuação estatal no exercício do direito de punir. Dá ensejo ao descrédito da punição e exclui a sua finalidade que é a pacificação social e a melhoria coletiva democraticamente aplicada.

Em paralelo ao bem comum, síntese dos fins do Estado, figura no Estado Democrátido de Direito o valor da justiça como objetivo-síntese da jurisdição no plano social. A eliminação de litígios sem o critério de justiça equivale a uma sucessão de brutalidades arbitrárias que, ao invés de apagar os estados anímicos de insatisfação, acaba por acumular decepções definitivas no seio da sociedade.

## 3 O BENEFÍCIO SOCIAL COMO LASTRO LEGITIMADOR DAS INSTITUIÇÕES

As disposições contidas no ordenamento jurídico substancial constituem para o juiz, em principio, o indicador do critério de justiça pelo qual determinada sociedade optou, em dado quadrante de sua historia; mas, se à lei estiver o juiz atento, sem canais abertos às pressões axiológicas da sociedade e suas mutações, ele correrá o risco de afastar-se dos critérios de justiça efetivamente vigentes.

A existência do ordenamento jurídico, por si só, não garante o fim do Direito, qual seja, a justiça. Ao jurista é imprescindível, muito mais que aplicar a lei ao caso concreto, saber interpretá-la de modo a alcançar o justo. Essa interpretação deve considerar, essencialmente, a causa do homem, visto como ser humano que vive em sociedade, que aspira ao bem comum.

Elaborar a lei para benefícios próprios ou de uma minoria é uma aberração. Aplicar e interpretar a lei sem visar ao bem comum é aberração maior

A interpretação da norma jurídica em desconformidade com as necessidades sociais e o bem comum, ou ainda, em prol de interesses particulares está em desacordo a própria estrutura constitucional que dá supedâneo ao ordenamento jurídico.

O direito que não é aplicado visando o bem comum, forjando um falso bem comum não tem ressonância social, não gera "obediência"[4] da comunidade afetada.

A aplicação do direito tem que ser voltada primeiramente para a sociedade, os interesses estatais, quase sempre governamentais e momentâneo não podem se sobrepujar ao interesse social continuado. E aqui ressaltamos a importância de uma aplicação dos princípios constitucionais como forma de encontrar o lastro legitimador das instituições.

Uma nova hermenêutica constitucional alçando os direitos fundamentais a objetivo a ser implementado dá concretização a uma dimensão objetiva e substancial dos princípios fundamentais, formando supedâneo valorativo as instituições que assim atuem.

Segundo Paulo Bonavides, a defesa prática e contextual formal dos direitos sociais, são supedâneo de uma construção material sólida, apresentado-se como pressuposto para eficá-

[4] Obediência numa perspectiva de aceitação.





cia da dignidade da pessoa humana numa organização democrática. (2001, p. 594)

> A Nova Hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude integrativa sem a qual, ilusória, a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração. ( 2001, p. 594)

Somente com a concretização dos direitos e garantias fundamentais daremos efetividade aos princípios éticos traçados pela Constituição de 1988, legitimando as instituições para o exercício das suas missões constitucionais.

Faz-se necessária uma análise hermenêutica que conjugue os postulados do Estado Social e Democrático em harmonia efetiva com os direitos fundamentais. Condensando tais princípios hermenêuticos Paulo Bonavides assim se expressa:

> Instalado um pleito com sede nos artigos da Lei Maior, pleito em que se questionem as disponibilidades e a capacidade do Estado de ministrar prestações de ordem material com que concretizar direitos sociais, não pode a autoridade judicante, tanto quanto a executiva ou legislativa, exonerar-se – debaixo daquele pretexto e alegativa – da obrigação constitucional de fazer valer a observância das regras e princípios de proteção a semelhantes direitos estampados na Lei Suprema.
> Todavia, diante de eventual e flagrante limitação ou carência de recursos, a manutenção dos comandos normativos da Constituição recomenda o tratamento da controvérsia pelos órgãos do poder estatal na esfera

> respectiva dos três ramos da soberania o emprego do princípio da proporcionalidade.
> Por obra deste, mediante ponderação de interesses e exame de elementos de necessidade e adequação, recresce a margem de possibilidade de lograr-se uma solução jurídica compatível com os ditames do Estatuto Fundamental que governa o ordenamento jurídico.
> Em hipótese alguma admitir-se-a, todavia, o sacrifício, o desprezo e a destruição da medula normativa de nível constitucional que compõe a estrutura daqueles direitos. (BONAVIDES, 1980, p. 597)

Deve-se utilizar no alcance do sentido de sistema justo, critérios objetivos e compatíveis com as normas e princípios da constituição.

O Tribunal Constitucional Português afirma o controle do principio da igualdade em torno de três princípios básicos: Principio da Proibição do arbítrio, inadmissibilidade de diferenciações de tratamento desprovidas de justificativas razoáveis, princípio da proibição de discriminação, fundada em categorias subjetivas e principio da obrigação de diferenciações. (CANOTILHO, 1999, p. 1217)

Entretanto, o que observamos é que parte das teorias jurídicas são reflexo de uma proteção muito mais voltada ao Estado do que ao cidadão. A teoria dos cofres cheios ou reserva do possível é demonstração óbvia disso, haja vista que não se implementam políticas públicas constitucionalmente previstas por mera opção governamental e justifica-se essa opção com a inviabilidade econômica, respaldada pelo Judiciário quando acionado pelo cidadão prejudicado e preterido pelo governante, deslegitimando o exercício do Poder Judiciário.

Muito mais forte é a deslegitimação do Judiciário em face do combate à violência social, haja vista que a sociedade não vislumbra um efetivo compromisso em proporcionar a





justiça, mas mera atuação pontual, via de regra atuante tão somente nas classes pobre e hipossuficientes.

As instituições se furtam das suas funções constitucionais e imputam umas as outras as suas responsabilidades, criando um clima de insegurança institucional, fosse pouco a insegurança social.

A atuação das instituições responsáveis pelo combate à violência deveria serem conjunto, com atividades interdiciplinares. Nesse contexto se posiciona o Professor Zaverucha:

> Quer queiram ou não, Polícias Civil, Polícia Militar, Ministério Público, Justiça e órgãos penitenciários coexistem em um mesmo contexto, o da Segurança Pública, fazendo parte do Sistema de Justiça Criminal. Em razão disso, as ações de qualquer deles reflete na atuação dos demais participantes. O que falha, pode ser compelido por outro à correção. Quando isto não ocorre, implica em falha da ação do conjunto no objetivo comum a todos: a diminuição da criminalidade. (2003, p. 19)

O Professor Zaverucha traz a necessidade de resgate da cidadania.

> Na matriz anglo-saxônica a conquista burguesa de direitos civis (que garante os indivíduos contra a opressão de outros indivíduos ou do próprio Estado) antecedeu a dos direitos políticos (que dão aos indivíduos o controle do Estado). Portanto, as liberdades civis vieram antes das liberdades políticas e sociais com bem retratou Marshall (1970). No Brasil, os direitos políticos avançaram, mas o poder público não consegue garantir os direitos civis para todos. Dai ainda persistir, no início do século XXI, a expectativa pelo resgate da cidadania. (2003, p. 22)

Dado o crescimento exponencial da criminalidade, cada vez mais as pessoas começam a perceber que para haver democracia é preciso que a vida cotidiana expresse essa existência. Para a existência de democracia é necessário vida, e para que haja vida é preciso segurança pública. Caso o Estado não consiga garantir o mais elementar direito o direito à vida, a democracia irá, paulatinamente, perdendo sua legitimidade, tornando-se oca, ou seja, destituída de consistência.

> A distância entre o país legal e o país real aumenta à medida em que direitos civis e políticos, ardorosamente conquistados, não são aplicados na garantia dos direitos básicos à vida e à integridade dos indivíduos.Como mencionado, acreditava-se que a implantação da democracia acarretaria o surgimento do Estado de Direito. Isto deve ser verdade para os países desenvolvidos, mas não para os do Terceiro Mundo. O Brasil, por exemplo, conseguiu aumentar o usufruto da liberdade política através de bem sucedidas operações de transição de regimes autoritários para poliarquias, mas apresentam uma substancial diminuição da segurança individual, que ameaça o direito de ir e vir dos indivíduos. (ZAVERUCHA, 2003, p. 24)

Cabe ao Estado Democrático de Direito diminuir o fosso entre o país legal e o país real caso se queira erguer uma sólida democracia. Um sistema legal cujas regras são ignoradas pelos agentes estatais torna-se incapaz de obter a adesão dos cidadãos. Passando a ser vista como instrumento de controle social em vez de mecanismo de resolução de disputas. Afirma o Professor Jorge Zaverucha que um sistema legal democrático difere do autoritário pela sua capacidade de induzir cooperação entre os indivíduos em vez de desconfiança. (2003, p. 25)





> Leis, por sua vez, não devem ser concebidas como mera variável independente, pois, ela, por si só, é o resultado das escolhas estratégicas dos atores políticos. Além do mais, regras para serem efetivas precisam ser acompanhadas por mecanismos de monitoramento. Tais mecanismos devem evitar a impunidade, ocorrência de violações à lei sem que sejam noticiadas. [ocorrência de violações ás leis sem que haja sanção. Seja por brechas na Lei e/ou má investigação] Caso não se consiga criar um Estado suficientemente capaz de proteger os direitos dos cidadãos da violação por parte de outros, instaura-se uma situação, segundo a Teoria dos Jogos, do tipo do "dilema do prisioneiro". Nele, os atores políticos são incentivados a levar vantagem sobre o outro e não conseguem cooperar em busca do bem comum. Mesmo que a cooperação seja mais vantajosos para ambos os atores. Como o receio da traição é de tal monta, termina por prevalecer o egoísmo racional. Este tipo de comportamento incentiva a anarquia, e o uso da força bruta é, então, a alternativa para a conservação de direitos. (Zaverucha, 2003, p. 25)

O lastro legitimador do Estado Democrático de direito está, sem sombra de dúvidas na atuação das instituições públicas num contexto ético de cooperação.

## 4 CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito é um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o monismo político das democracias populares não foram capazes de construir.

A proposta do Estado Democrático de Direito não se resume tão somente à existência normativa, mas primeiramente à capacidade de influência na realidade prática sobre a injustiça social, possibilitando a recriação da sociedade injusta, a ceder seu lugar a outra menos injusta.

Apenas o elemento puramente formal e abstrato não garante as instituições democráticas, é preciso resguardar o poder de igualdade jurídica diante da precisão de suprir necessidades existenciais mínimas. A generalidade das leis não é capaz de assegurar, por si só, a igualdade efetiva.

O direito não pode ser confundindo com mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade, e aqui o juiz aparece como o hermeneuta a quem cabe a interpretação sistemática do texto constitucional, na visão garantista que lhe deu o constituinte.

O estado democrático de direito integra-se à sociedade, elimina sua característica de inércia. Adota políticas pretendentes a realizar a Justiça Social inclusive no momento de acusar e exercer o seu poder de punição.

O grande desafio do presente trabalho foi apresentar o poder de punir no que diz respeito à *persecutio criminis*, e cotejá-lo com as normas garantistas buscando, na medida do possível, uma releitura da punição estatal e do papel dos aplicadores do direito diante da violência social recrudescente.

O poder punitivo do Estado encontra seus limites nos preceitos constitucionais estabelecidos pela Lei Maior, especialmente naqueles que resguardam o *jus libertatis* do acusado. O respeito e obediência dos aplicadores do direito às garantias fundamentais na aplicação do direito de punir do Estado são supedâneo de legitimidade das instituições.

Os direitos do homem, a democracia e a paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há demo-





cracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.

O modelo clássico de Justiça Penal, fundado na crença de que as penas severas seriam suficiente para, por si só, resolver a questão da violência, vem cedendo espaço para um novo modelo penal, o do processo penal garantista.

A sociedade deve progredir de uma política de *hard control*, de cunho eminentemente simbólico, consubstanciada em uma série de leis incriminadoras, muitas das quais eivadas com vícios de inconstitucionalidade, aumentando desmesurada e desproporcionalmente a duração das penas, inviabilizando direitos e garantias fundamentais do homem, tipificando desnecessariamente novas condutas, para uma tendência garantista que proteja os direitos fundamentais, ainda que no momento de exercer o *jus puniendi*.

Urge, pois, uma solução intermediária que não privilegie o desrespeito às normas constitucionais, muito menos a desumanidade no exercício da ação penal, nem espalhe a idéia da impunidade para minimizar a violência social.

Parece-nos que esta solução se encontra exatamente na expressão do *jus puniendi* aplicado com todas as garantias constitucionais. Com uma postura participativa e ética dos profissionais do direito para a resolução do conflito social como um todo e não pontual aplicação de penas sem questionamentos dos reflexos dessas reprimendas no contexto social.

Através de uma formação jurídica comprometida com a melhoria social, com responsabilidade ética podemos alcançar influenciar efetivamente no combate e minimização da violência social.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo : Martin Claret, 2000. Coleção a Obra-prima de cada autor

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional.** 3 ed. Coimbra. Livraria Almedina, 1999.

CASTANHO, Maria Eugênia. Técnicas de Ensino: por que não?. In: VEIGA, Ilma Passos Alencastro (Org.). **Da Discussão e do Debate Nasce a Rebeldia**. 16 ed. Campinas: Papirus, 2005. v. 1, p. 89-101.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paulo Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Jones. O juiz como justiça viva: esboço de discurso por uma jurisdição eticizante e inclusiva. Revista da Esmape, Recife. v. 11, n 23, p. 115-147, jan./ jun. 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.





_____. **Microfísica do poder**. Org. trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia:** Saberes necessários à prática educativa. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

_____. **Educação e Mudança**. 20 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito.** Tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 1 ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1060>. Acesso em: 01 jul. 2007.

KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os descaminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo Penal**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2001

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PERRENOUD, Philippe et al. **As competências para ensinar no século XXI:** a formação dos professores e o desafio da avaliação. Porto Alegre: Artned Editora, 2002.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: Introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. Violências, América Latina: a disseminação de formas de violência e os estudos sobre conflitualidades. **Sociologias**, Porto Alegre, n 8, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222002000200002&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 30 Jun 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração da construção do Direito. 2. ed. rer. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl ; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3 ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

ZAVERUCHA, Jorge. **Polícia Civil de Pernambuco:** O Desafio da Reforma. Editora da Universidade Federal de Pernambuco, 2003.



# A CONDUTA HUMANA NA TEORIA DO CRIME

*Teodomiro Noronha Cardozo*
Juiz de Direito. Doutorando em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Mestre em Direito Público pela UFPE. Especialista em Direito Público e Privado pela UFPE. Especialista em Ciências Criminais pela UFPE. Bacharel em Direito pela UFPE. Professor da Pós-graduação da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - Esmape. Ex-Coordenador do Curso de Preparação à Magistratura da Esmape. Professor da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP.

**SUMÁRIO**

1 INTRODUÇÃO. 2 O MODELO CLÁSSICO DA AÇÃO: LISZT/BELING. 3 O MODELO NEO-CLÁSSICO DA AÇÃO. 4 O MODELO FINALISTA DA AÇÃO. 5 DESVALOR DA AÇÃO E DESVALOR DO RESULTADO. 6 SANTO AGOSTINHO E O LIVRE-ARBÍTRIO. 7 WELZEL E SUAS REFLEXÕES SOBRE O LIVRE-ARBÍTRIO. 7.1 Aspecto antropológico. 7.2 Aspecto caracteriológico. 7.3 Aspecto categorical.

## 1 INTRODUÇÃO

A teoria da ação possui grande destaque na seara da dogmática penal, *como essência do fato punível.*[1]

[1] TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal, p. 71.

Na lição do Prof. Cláudio Brandão a conduta humana é a pedra angular da teoria do crime. É com base nessa afirmação que são formulados todos os juízos componentes do conceito de crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade[2] e em todos esses juízos está presente a conduta humana: como adequação ao tipo penal, como contrariedade à norma do Direito e como reprovação pessoal pela realização da conduta.

A ação, no dizer de Aníbal Bruno, é o que dá corpo ao fato punível, constituindo o elemento central do seu conceito - o suporte material - para assentar os outros elementos no seu conceito tripartido.[3]

O Direito Penal, afirma Cláudio Brandão, não criou um conceito de conduta, porquanto ele o retira do mundo fenomênico dos fatos, do ser (*sein*) enquanto categoria ontológica e a prova disso é que se não existisse o Direito Penal, ainda assim, as ações existiriam na realidade dos fatos, pois não se pode pensar a vida estática sem ações.[4]

Todavia, a ação é considerada uma atividade humana dirigida conscientemente a um fim e por isso ela se distingue do acontecimento puramente causal (chuva, trovão) que são forças cegas e não se encaminham para a realização de um fim.[5]

A ação, é, pois, fato que repousa na vontade do homem, pois que a mudança operada no mundo exterior (resultado) só pode se referir à vontade humana. Como dizia Liszt sem ato de vontade não existe ação; não há injusto e não há crime.[6]

[2] BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime, p. 20
[3] BRUNO, Aníbal. Direito penal. Tomo I, p. 295.
[4] BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime, p. 20
[5] BRUNO, Aníbal. Direito penal. Tomo I, p. 149.
[6] LISZT, Franz von. Tratado de direito penal, Tomo I, p. 217.





Pois bem, para a dogmática jurídico-penal a conduta humana é gênero de que são espécies a ação (comissão) e a omissão. Assim, a ação do homem é identificada como um fazer positivo (*facere*) e a omissão como uma ação negativa; um não fazer (*non facere*) sem as quais não se pode cogitar da existência de um fato delituoso.

## 2 O MODELO CLÁSSICO DA AÇÃO: LISZT/BELING

A dogmática jurídico-penal do século XIX, impregnada do positivismo reducionista, transformava todo e qualquer conhecimento em ciência, *com leis gerais, de validade universal*: utilizava-se do método das ciências naturais para explicar o Direito ao invés de fazer compreendê-lo. O termo "positivismo" foi utilizado, pela primeira vez, por Saint-Simon para designar o método exato das ciências e sua extensão para a filosofia. Foi adotado por Augusto Comte e, graças a ele, passou a designar uma grande corrente filosófica que, na segunda metade do século XX, teve numerosas e variadas manifestações em todos os países do mundo ocidental.[7]

Günter Stratenwerth afirma que a teoria do Direito Penal, em fins do século passado, com forte influência das ciências da natureza, buscou conceber a ação humana como "causação voluntária ou omissão voluntária de impedir ou modificar o mundo exterior".[9]

Liszt define a ação como a modificação do mundo exterior, causada ou não impedida pelo *resultado* da comissão ou da omissão.[10] Ou seja, em termos gráficos a ação é o movimento corporal voluntário que causa modificação no mundo exterior.

[7] ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia, p. 909.
[9] STRATENWERTH, GÜNTER. Derecho penal, p. 51.

Na lição do Prof. Cláudio Brandão a conduta humana é a pedra angular da teoria do crime. É com base nessa afirmação que são formulados todos os juízos componentes do conceito de crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade[2] e em todos esses juízos está presente a conduta humana: como adequação ao tipo penal, como contrariedade à norma do Direito e como reprovação pessoal pela realização da conduta.

A ação, no dizer de Aníbal Bruno, é o que dá corpo ao fato punível, constituindo o elemento central do seu conceito - o suporte material - para assentar os outros elementos no seu conceito tripartido.[3]

O Direito Penal, afirma Cláudio Brandão, não criou um conceito de conduta, porquanto ele o retira do mundo fenomênico dos fatos, do ser (*sein*) enquanto categoria ontológica e a prova disso é que se não existisse o Direito Penal, ainda assim, as ações existiriam na realidade dos fatos, pois não se pode pensar a vida estática sem ações.[4]

Todavia, a ação é considerada uma atividade humana dirigida conscientemente a um fim e por isso ela se distingue do acontecimento puramente causal (chuva, trovão) que são forças cegas e não se encaminham para a realização de um fim.[5]

A ação, é, pois, fato que repousa na vontade do homem, pois que a mudança operada no mundo exterior (resultado) só pode se referir à vontade humana. Como dizia Liszt sem ato de vontade não existe ação; não há injusto e não há crime.[6]

[2] BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime, p. 20
[3] BRUNO, Aníbal. Direito penal. Tomo I, p. 295.
[4] BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime, p. 20
[5] BRUNO, Aníbal. Direito penal. Tomo I, p. 149.
[6] LISZT, Franz von. Tratado de direito penal, Tomo I, p. 217.





Pois bem, para a dogmática jurídico-penal a conduta humana é gênero de que são espécies a ação (comissão) e a omissão. Assim, a ação do homem é identificada como um fazer positivo (*facere*) e a omissão como uma ação negativa; um não fazer (*non facere*) sem as quais não se pode cogitar da existência de um fato delituoso.

## 2 O MODELO CLÁSSICO DA AÇÃO: LISZT/BELING

A dogmática jurídico-penal do século XIX, impregnada do positivismo reducionista, transformava todo e qualquer conhecimento em ciência, *com leis gerais, de validade universal:* utilizava-se do método das ciências naturais para explicar o Direito ao invés de fazer compreendê-lo. O termo "positivismo" foi utilizado, pela primeira vez, por Saint-Simon para designar o método exato das ciências e sua extensão para a filosofia. Foi adotado por Augusto Comte e, graças a ele, passou a designar uma grande corrente filosófica que, na segunda metade do século XX, teve numerosas e variadas manifestações em todos os países do mundo ocidental.[7]

Günter Stratenwerth afirma que a teoria do Direito Penal, em fins do século passado, com forte influência das ciências da natureza, buscou conceber a ação humana como "causação voluntária ou omissão voluntária de impedir ou modificar o mundo exterior".[9]

Liszt define a ação como a modificação do mundo exterior, causada ou não impedida pelo *resultado* da comissão ou da omissão.[10] Ou seja, em termos gráficos a ação é o movimento corporal voluntário que causa modificação no mundo exterior.

[7] ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia, p. 909.
[9] STRATENWERTH, GÜNTER. Derecho penal, p. 51.

Já Ernest von Beling, que deu vida autônoma ao tipo (*tatbestand*) descreve a ação como um comportamento corpóreo (fase externa-objetiva) produzido pelo domínio sobre o corpo (pela inervação muscular voluntária) (fase interna-subjetiva) que consiste em um fazer ação positiva (comissão) (...) ou um não fazer (omissão) (distensão muscular).[11]

Carrara afirma que a lei que proíbe é violada pelo ato positivo contrário a ela; a lei que impõe se viola com o ato negativo.[12]

A manifestação da vontade, o resultado e a relação de causalidade são os três elementos componentes da ação, pouco importando qual seja o conteúdo dessa vontade (processo psíquico) que é deslocado para a culpabilidade - conceito psicológico (dolo ou culpa).

Com efeito, no conceito causal-naturalista da ação o dolo é normativo (possui a consciência da antijuridicidade) e a culpabilidade é o vínculo psíquico que liga o autor ao fato. Todavia, não constituem ação os atos reflexos ou aqueles cometidos sob coação irresistível, a exemplo do art. 22 do nosso Código Penal, como causa de exclusão da culpabilidade.

A tipicidade para a teoria causal, no primeiro momento, exercia papel puramente descritivo e autônomo. Depois, por influência de Max Ernst Mayer, passou a funcionar como um indício de antijuridicidade, no qual incidirá "um juízo de valor extraído da dedução das normas jurídicas, em sua totalidade".[13]

[10] LISZT, Franz von. Tratado de direito penal, Tomo I, p. 218.

[11] BELING, Ernest von. Esquema de derecho penal, p. 20. Todavia, para a ação humana ser punida, afirma Beling, deve contrariar objetivamente o ordenamento jurídico correspondente a determinado Estado: *La antijuridicidad de la conducta es, sin excepciones, el presupuesto general de la punibilidad.*6

[12] CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal, Tomo I p. 64.

[13] TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal, p. 133.





O injusto, para a teoria causalista, em face de sua estrutura em que a vontade não possui conteúdo e a lesão a um bem jurídico corresponde a um desvalor tão-somente do resultado, porquanto a ação somente é valorada na culpabilidade e o resultado mantém relação íntima com a ação. Isto porque a ação se exaure na simples produção do resultado.[14]

## 3 O MODELO NEO-CLÁSSICO DA AÇÃO

O movimento neokantiano, que significa o retorno a Kant, com a superação do positivismo, alterou, sistematicamente, a estrutura do modelo clássico do fato punível. Dogmaticamente esta transformação, conforme Juarez Tavares, cinge-se na mudança teleológica do conceito de fato punível, de acordo com os fins e valores do Direito Penal.[15]

A ação deixa de ser natural para assumir um significado valorativo, como a redefinição *do comportamento humano voluntário*. A tipicidade despoja-se de sua natureza descritiva (livre de valor) e passa a assumir elementos normativos (objetivos) e também subjetivos e a culpabilidade, antes psicológica, assume, *ipso facto*, um significado normativo, pela reprovação pessoal do autor por ter agido contrário ao dever.[16]

Assim, para o neokantismo, o injusto assume o papel de uma criação normativa, sem referência real, como resultado de juízos de valor, tendo em vista o objetivo visado pelo legislador que tanto pode ser a proteção de bens jurídicos como qualquer outra situação estatal de conveniência.[17]

[14] PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, p. 294.

[15] SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal, p. 76.

[16] Idem, ibidem.

[17] TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal, p. 135.

Já Ernest von Beling, que deu vida autônoma ao tipo (*tatbestand*) descreve a ação como um comportamento corpóreo (fase externa-objetiva) produzido pelo domínio sobre o corpo (pela inervação muscular voluntária) (fase interna-subjetiva) que consiste em um fazer ação positiva (comissão) (...) ou um não fazer (omissão) (distensão muscular).[11]

Carrara afirma que a lei que proíbe é violada pelo ato positivo contrário a ela; a lei que impõe se viola com o ato negativo.[12]

A manifestação da vontade, o resultado e a relação de causalidade são os três elementos componentes da ação, pouco importando qual seja o conteúdo dessa vontade (processo psíquico) que é deslocado para a culpabilidade - conceito psicológico (dolo ou culpa).

Com efeito, no conceito causal-naturalista da ação o dolo é normativo (possui a consciência da antijuridicidade) e a culpabilidade é o vínculo psíquico que liga o autor ao fato. Todavia, não constituem ação os atos reflexos ou aqueles cometidos sob coação irresistível, a exemplo do art. 22 do nosso Código Penal, como causa de exclusão da culpabilidade.

A tipicidade para a teoria causal, no primeiro momento, exercia papel puramente descritivo e autônomo. Depois, por influência de Max Ernst Mayer, passou a funcionar como um indício de antijuridicidade, no qual incidirá "um juízo de valor extraído da dedução das normas jurídicas, em sua totalidade".[13]

[10] LISZT, Franz von. Tratado de direito penal, Tomo I, p. 218.

[11] BELING, Ernest von. Esquema de derecho penal, p. 20. Todavia, para a ação humana ser punida, afirma Beling, deve contrariar objetivamente o ordenamento jurídico correspondente a determinado Estado: *La antijuridicidad de la conducta es, sin excepciones, el presupuesto general de la punibilidad.*6

[12] CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal, Tomo I p. 64.

[13] TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal, p. 133.





O injusto, para a teoria causalista, em face de sua estrutura em que a vontade não possui conteúdo e a lesão a um bem jurídico corresponde a um desvalor tão-somente do resultado, porquanto a ação somente é valorada na culpabilidade e o resultado mantém relação íntima com a ação. Isto porque a ação se exaure na simples produção do resultado.[14]

## 3 O MODELO NEO-CLÁSSICO DA AÇÃO

O movimento neokantiano, que significa o retorno a Kant, com a superação do positivismo, alterou, sistematicamente, a estrutura do modelo clássico do fato punível. Dogmaticamente esta transformação, conforme Juarez Tavares, cinge-se na mudança teleológica do conceito de fato punível, de acordo com os fins e valores do Direito Penal.[15]

A ação deixa de ser natural para assumir um significado valorativo, como a redefinição *do comportamento humano voluntário.* A tipicidade despoja-se de sua natureza descritiva (livre de valor) e passa a assumir elementos normativos (objetivos) e também subjetivos e a culpabilidade, antes psicológica, assume, *ipso facto*, um significado normativo, pela reprovação pessoal do autor por ter agido contrário ao dever.[16]

Assim, para o neokantismo, o injusto assume o papel de uma criação normativa, sem referência real, como resultado de juízos de valor, tendo em vista o objetivo visado pelo legislador que tanto pode ser a proteção de bens jurídicos como qualquer outra situação estatal de conveniência.[17]

[14] PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, p. 294.

[15] SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal, p. 76.

[16] Idem, ibidem.

[17] TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal, p. 135.

Já Ernest von Beling, que deu vida autônoma ao tipo (*tatbestand*) descreve a ação como um comportamento corpóreo (fase externa-objetiva) produzido pelo domínio sobre o corpo (pela inervação muscular voluntária) (fase interna-subjetiva) que consiste em um fazer ação positiva (comissão) (...) ou um não fazer (omissão) (distensão muscular).[11]

Carrara afirma que a lei que proíbe é violada pelo ato positivo contrário a ela; a lei que impõe se viola com o ato negativo.[12]

A manifestação da vontade, o resultado e a relação de causalidade são os três elementos componentes da ação, pouco importando qual seja o conteúdo dessa vontade (processo psíquico) que é deslocado para a culpabilidade - conceito psicológico (dolo ou culpa).

Com efeito, no conceito causal-naturalista da ação o dolo é normativo (possui a consciência da antijuridicidade) e a culpabilidade é o vínculo psíquico que liga o autor ao fato. Todavia, não constituem ação os atos reflexos ou aqueles cometidos sob coação irresistível, a exemplo do art. 22 do nosso Código Penal, como causa de exclusão da culpabilidade.

A tipicidade para a teoria causal, no primeiro momento, exercia papel puramente descritivo e autônomo. Depois, por influência de Max Ernst Mayer, passou a funcionar como um indício de antijuridicidade, no qual incidirá "um juízo de valor extraído da dedução das normas jurídicas, em sua totalidade".[13]

[10] LISZT, Franz von. Tratado de direito penal, Tomo I, p. 218.

[11] BELING, Ernest von. Esquema de derecho penal, p. 20. Todavia, para a ação humana ser punida, afirma Beling, deve contrariar objetivamente o ordenamento jurídico correspondente a determinado Estado: *La antijuridicidad de la conducta es, sin excepciones, el presupuesto general de la punibilidad.*6

[12] CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal, Tomo I p. 64.

[13] TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal, p. 133.





O injusto, para a teoria causalista, em face de sua estrutura em que a vontade não possui conteúdo e a lesão a um bem jurídico corresponde a um desvalor tão-somente do resultado, porquanto a ação somente é valorada na culpabilidade e o resultado mantém relação íntima com a ação. Isto porque a ação se exaure na simples produção do resultado.[14]

## 3 O MODELO NEO-CLÁSSICO DA AÇÃO

O movimento neokantiano, que significa o retorno a Kant, com a superação do positivismo, alterou, sistematicamente, a estrutura do modelo clássico do fato punível. Dogmaticamente esta transformação, conforme Juarez Tavares, cinge-se na mudança teleológica do conceito de fato punível, de acordo com os fins e valores do Direito Penal.[15]

A ação deixa de ser natural para assumir um significado valorativo, como a redefinição *do comportamento humano voluntário*. A tipicidade despoja-se de sua natureza descritiva (livre de valor) e passa a assumir elementos normativos (objetivos) e também subjetivos e a culpabilidade, antes psicológica, assume, *ipso facto*, um significado normativo, pela reprovação pessoal do autor por ter agido contrário ao dever.[16]

Assim, para o neokantismo, o injusto assume o papel de uma criação normativa, sem referência real, como resultado de juízos de valor, tendo em vista o objetivo visado pelo legislador que tanto pode ser a proteção de bens jurídicos como qualquer outra situação estatal de conveniência.[17]

[14] PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, p. 294.

[15] SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal, p. 76.

[16] Idem, ibidem.

[17] TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal, p. 135.

Mezger e Sauer são os novos representantes dessa diretriz que se revela, sobretudo, na teoria da antijuridicidade. Pelo sistema adotado por Mezger em primeiro lugar estuda-se a antijuridicidade como um injusto objetivo e depois como injusto típico. Para Sauer, ao contrário do conceito de Liszt/Beling, os elementos do crime não se acham coordenados, sendo a tipicidade uma *antijuridicidade tipificada*.[18]

Para Mezger a relação existente entre a tipicidade e a antijuridicade é uma relação de essência (*ratio essendi*).

> O tipo é a antijuridicidade positivada e está impregnado de juízo de valor, podendo-se dizer que ele é o portador da valorização jurídico-penal que separa o Direito do injusto.[19]

Para Sauer a ação passa a ser uma causalidade com relevância jurídica, consistente em um atuar no sentido da obtenção de um resultado (socialmente útil ou danoso) mas juridicamente relevante. Para ele o crime é um comportamento antijurídico e culpável.[20]

Com Frank a culpabilidade é normativa, vinculada ao Direito, e as circunstâncias concomitantes equivalem à reprovabilidade, que teve bastante influência nas discussões posteriores a ele sobre a teoria da culpabilidade. Frank reconhece ao lado da imputabilidade o dolo e a culpa e as circunstâncias concomitantes, como elementos da culpabilidade,[21] e com ele tem-se uma culpabilidade psicológico-normativa.

[18] PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, p. 294.
[19] Apud, BRANDÃO, Cláudio, op cit., p. 55.
[20] PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, p. 294.
[21] FRANK, Reinhard, **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Segunda reimpresón. Argentina: Editorial B de F, 2004. p. 18.





## 4 O MODELO FINALISTA DA AÇÃO

É fruto de uma reação aos postulados da doutrina causal da ação. Welzel desenvolveu uma metodologia que revolucionou o estudo sobre a ação na dogmática jurídico-penal. Para o Prof. Cláudio Brandão a teoria finalista da ação tinha o objetivo de romper com o direito penal nazista e, para tanto, não era interessante retornar à dogmática penal anterior ao nazismo, mas era necessário modificar a própria dogmática.[22]

Ensina Juarez Tavares que Welzel estruturou sua teoria fundamentado-a no conceito ôntico de ação final, tratando, inclusive, do injusto como injusto pessoal, ou seja, o injusto deve ser atribuído a uma determinada pessoa, daí ganha relevância o desvalor do ato.[23]

Para a teoria de Welzel a ação humana é o exercício de uma atividade final e não uma mera atividade causal.[24] O dolo é natural (psicológico) e não possui a consciência da antijuridicidade. A culpabilidade fica esvaziada do ponto de vista dos elementos psicológicos: dolo e culpa migram da culpabilidade para a ação. A culpabilidade só possui elementos normativos (valorativos). São elementos da culpabilidade:

1) a imputabilidade,
2) a potencial consciência da antijuridicidade (ou ilicitude) e,
3) a exigibilidade de conduta diversa (de acordo com o Direito).

[22] BRANDÃO, Cláudio, op. cit., p. 23.
[23] TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal, p. 150.
[24] WELZEL. Hans. El nuovo sistema del derecho penal, p. 39.

## 5 DESVALOR DA AÇÃO E DESVALOR DO RESULTADO

Coube à dogmática penal causalista o propósito de, no final do século XIX, separar o injusto objetivo do injusto subjetivo.[25] Como visto, a doutrina causal separava a ação como mero processo externo do conteúdo subjetivo da vontade. Deste modo, adverte Welzel que esta teoria incluiu todo o comportamento "externo" na antijuridicidade e o comportamento "interno" na culpabilidade.

Pela primeira vez Liszt, na segunda edição de seu tratado, desenvolveu, claramente, a separação entre a antijuridicidade e a culpabilidade de acordo com os critérios objetivos e subjetivos.[26]

Para Welzel o injusto não se esgota na causação do resultado (lesão ao bem jurídico) desvinculada em seu conteúdo da pessoa do autor, senão que a ação é antijurídica somente como obra de um autor determinado: o fim que o autor destinou ao fato, sua atitude e os deveres que o obrigaram, tudo isto determina, de modo decisivo, o injusto do fato ao lado de eventual lesão ao bem jurídico.

Welzel afirma que o mérito da teoria causal, por ele rechaçada, foi o de ter dado importância ao elemento resultado, destacado do bem jurídico. Portanto, na maioria dos delitos é essencial que haja uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico.

Sustenta Welzel que a lesão ao bem jurídico (desvalor do resultado) tem relevância no Direito Penal somente dentro

[25] WELZEL, Hans. Derecho penal aleman, p. 74
[26] Apud, WELZEL, Hans, op cit., p. 72.





de uma ação pessoalmente antijurídica (dentro do desvalor da ação).

Neste diapasão, afirma Welzel que a antijuridicidade é sempre a desaprovação de um fato que se refere a um determinado autor, enquanto que o injusto é a ação injusta *pessoal* referida ao autor.[27]

Conforme Welzel o ordenamento jurídico quer estabelecer, com suas normas e preceitos permitidos, uma ordem valiosa da vida social. A realização antijurídica do tipo é uma conduta que contraria esta ordem valiosa. Por isso, a antijuridicidade se caracteriza como um "juízo negativo de valor" ou como um juízo de desvalor sobre a conduta típica.[28]

Todavia, como afirma Juarez Tavares, os fundamentos da diferença entre os crimes dolosos e culposos não encontram lugar comum nos finalistas. Para este autor Welzel estabeleceu a diferença, segundo um juízo de valor negativo, que incide sobre a conduta típica: assim, no crime doloso o juízo de valor recairia sobre o resultado danoso, consciente e volitivamente produzido ao bem jurídico (desvalor do resultado); já nos crimes culposos, o que se leva em conta, efetivamente, é o desvalor da própria ação, estabelecendo um paradigma com aquele homem consciencioso e prudente que no seu lugar atuaria da mesma maneira que o agente atuou.[29]

É necessário, não obstante, distinguir na concepção de Welzel o desvalor do resultado do desvalor da ação, assim como o injusto da antijuridicidade[30]. Para Heleno Cláudio

[27] Idem, Ibidem, p. 74.
[28] WELZEL, Hans. Direito penal aleman, p. 60.
[29] TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal, p. 140.
[30] REALE JR. Miguel. Teoria do delito, p. 79.

## 5 DESVALOR DA AÇÃO E DESVALOR DO RESULTADO

Coube à dogmática penal causalista o propósito de, no final do século XIX, separar o injusto objetivo do injusto subjetivo.[25] Como visto, a doutrina causal separava a ação como mero processo externo do conteúdo subjetivo da vontade. Deste modo, adverte Welzel que esta teoria incluiu todo o comportamento "externo" na antijuridicidade e o comportamento "interno" na culpabilidade.

Pela primeira vez Liszt, na segunda edição de seu tratado, desenvolveu, claramente, a separação entre a antijuridicidade e a culpabilidade de acordo com os critérios objetivos e subjetivos.[26]

Para Welzel o injusto não se esgota na causação do resultado (lesão ao bem jurídico) desvinculada em seu conteúdo da pessoa do autor, senão que a ação é antijurídica somente como obra de um autor determinado: o fim que o autor destinou ao fato, sua atitude e os deveres que o obrigaram, tudo isto determina, de modo decisivo, o injusto do fato ao lado de eventual lesão ao bem jurídico.

Welzel afirma que o mérito da teoria causal, por ele rechaçada, foi o de ter dado importância ao elemento resultado, destacado do bem jurídico. Portanto, na maioria dos delitos é essencial que haja uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico.

Sustenta Welzel que a lesão ao bem jurídico (desvalor do resultado) tem relevância no Direito Penal somente dentro

[25] WELZEL, Hans. Derecho penal aleman, p. 74
[26] Apud, WELZEL, Hans, op cit., p. 72.





de uma ação pessoalmente antijurídica (dentro do desvalor da ação).

Neste diapasão, afirma Welzel que a antijuridicidade é sempre a desaprovação de um fato que se refere a um determinado autor, enquanto que o injusto é a ação injusta *pessoal* referida ao autor.[27]

Conforme Welzel o ordenamento jurídico quer estabelecer, com suas normas e preceitos permitidos, uma ordem valiosa da vida social. A realização antijurídica do tipo é uma conduta que contraria esta ordem valiosa. Por isso, a antijuridicidade se caracteriza como um "juízo negativo de valor" ou como um juízo de desvalor sobre a conduta típica.[28]

Todavia, como afirma Juarez Tavares, os fundamentos da diferença entre os crimes dolosos e culposos não encontram lugar comum nos finalistas. Para este autor Welzel estabeleceu a diferença, segundo um juízo de valor negativo, que incide sobre a conduta típica: assim, no crime doloso o juízo de valor recairia sobre o resultado danoso, consciente e volitivamente produzido ao bem jurídico (desvalor do resultado); já nos crimes culposos, o que se leva em conta, efetivamente, é o desvalor da própria ação, estabelecendo um paradigma com aquele homem consciencioso e prudente que no seu lugar atuaria da mesma maneira que o agente atuou.[29]

É necessário, não obstante, distinguir na concepção de Welzel o desvalor do resultado do desvalor da ação, assim como o injusto da antijuridicidade[30]. Para Heleno Cláudio

[27] Idem, Ibidem, p. 74.
[28] WELZEL, Hans. Direito penal aleman, p. 60.
[29] TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal, p. 140.
[30] REALE JR. Miguel. Teoria do delito, p. 79.

Fragoso o injusto é a conduta em si considerada. A antijuridicidade é uma qualidade do injusto.[31]

Subjaz, então, que antijurídica é a conduta típica que contraria o direito. Antijuridicidade é juízo de desvalor (ou juízo negativo de valor) que sobre a conduta típica recai, em uma perspectiva de exigência do ordenamento jurídico.[32]

Segundo Miguel Reale Jr. O desvalor do resultado é um dos elementos reveladores do injusto, o qual se caracteriza quando, de uma maneira geral, se acrescenta o desvalor da ação.[33]

Somente a antijuridicidade é única, como característica do desvalor da ação, já o injusto é múltiplo, porque a antijuridicidade se revela nos diversos objetos valorados.[34]

É dizer, a lesão ao bem jurídico (desvalor do resultado) só tem importância no Direito Penal no que tange a uma ação antijurídica-pessoal (desvalor da ação). O desvalor pessoal da ação é desvalor genérico e abrange todos os delitos penais. No desvalor do resultado (o bem jurídico lesionado ou ameaçado) é elemento constitutivo de numerosos delitos (de resultado ou de perigo). Exemplificativamente, o desvalor do resultado pode faltar no caso concreto, sem que se elimine o desvalor da ação, como serve de exemplo, a tentativa inidônea.[35]

A ilicitude é sempre uma relação de contraste entre o dever-ser explícito pela norma jurídica e o fato humano. Por

[31] FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal, p. 181.
[32] Idem, ibidem.
[33] REALE JR. Miguel. Teoria do delito, p. 80.
[34] REALE JR. Miguel. Teoria do delito, p. 81.
[35] WELZEL, Hans. Direito penal aleman, p. 75.





isso, na opinião de João Mestieri a ilicitude não corresponde ao desvalor do fato em cotejo com a lei, senão o desvalor do fato frente ao direito.[36]

Claus Roxin, com linguagem serena, ao falar de um finalismo *moderado* criado por Welzel e desenvolvido até os dias de hoje pelo seu discípulo Hirsch, afirma que ambos consideram o desvalor do resultado e o desvalor da ação (=lesão ao bem jurídico) como pressuposto do injusto.[37]

A crítica de Claus Roxin:

> Mas a escola de Welzel não logra combinar o desvalor da ação e o desvalor do resultado de um modo adequado, como tampouco consegue explicar de modo entendível a dimensão social do injusto mediante a restrição da proteção de bens jurídicos à evitação de riscos não permitidos.[38]

Por tudo que foi exposto é de concluir-se que em decorrência da estrutura do conceito causal ou clássico de ação a lesão (ou perigo de lesão) de um bem jurídico provocada por uma conduta corresponde ao desvalor do resultado[39], porquanto a vontade é desprovida de conteúdo que se desloca para a culpabilidade. Por isso, para os causalistas é impossível construir o momento pessoal da ação dentro do conceito de ilícito. (Welzel).

A *contrariu senso*, para os finalistas na lesão a um bem jurídico há uma junção do desvalor do resultado e do desvalor da ação como pressuposto do injusto.

[36] MESTIERI, João. Manual de direito penal, p. 144.
[37] ROXIM, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal, p. 45-46.
[38] Idem. Ibidem, p. 46.
[39] PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, p. 293.

Porquanto, conclui Welzel: o injusto da culpabilidade alcança o desvalor da ação. A culpabildade contém a reprovação a respeito da vontade que se decidiu sobre este desvalor da ação.[40]

Adverte Welzel que o elemento decisivo do injusto nos crimes culposos é também um desvalor da ação e não mero desvalor do resultado; este possui somente o sentido de um elemento adicional (que é precisamente restritivo) o injusto.[41]

Com propriedade diz Welzel: "O desvalor da ação, decisivo para os delitos culposos, consiste na divergência da direção real da ação pelo autor e a direção exigida pela direito".[42]

Welzel, como dito alhures, transformou o injusto natural em injusto pessoal ao deslocar o dolo da culpabilidade para a ação. Com isso, o desvalor pessoal da ação do agente é manifestado pelo dolo de tipo (*desvalor doloso/tipo de injusto doloso)* ou pela culpa (*desvalor/tipo de injusto culposo*). E ao desvalor da ação se adequa um desvalor do resultado, consistente na lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.[43]

Pertinente à crítica realizada por Welzel de que o sistema causal mostrou-se também inapropriado para a compreensão do crime culposo, já que se estabeleceu que o elemento decisivo do injusto na culpa não radica na pura causação do resultado, mas na contravenção objetiva do cuidado na ação.[44]

[40] WELZEL. Hans. Estudios de direito penal, p. 35.
[41] WELZEL. Hans. El nuovo sistema de derecho penal, p. 55.
[42] Idem, p. 57.
[43] Apud, PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, p. 300.
[44] WELZEL, Hans. Direito penal aleman, p. 47.





## 6 SANTO AGOSTINHO E O LIVRE-ARBÍTRIO

Santo Agostinho ao tratar da liberdade humana e da origem do mal moral não suportava a idéia de que Deus fosse a causa do mal.[45]

A leitura da tese neoplatônico de Plotino trouxe luz às idéias de Agostinho, embora ainda não definitiva em relação às suas dúvidas, todavia, levou a certeza a Agostinho da existência de um Criador bom e poderoso, fonte de toda a realidade e, dessa maneira, o mal não poderia ter lugar entre os seres, nem prejudicar a excelência da obra divina.[46]

Ora, Deus criou todas as coisas. Todas as suas obras boas são boas. Todavia, o pecado não pode lhe ser imputado nem tampouco ficar fora da ordem providencial.

Em síntese racional Agostinho chega afirmar que "....a fonte do mal moral, o pecado, está no abuso da liberdade, mas esta é um bem"[47]

Para se descobrir o mal é preciso descobrir a essência do pecado. Assim, segundo Agostinho, cometer o mal não é nada mais nada menos do que se submeter a vontade às paixões ou preferir satisfação pessoal aos bens propostos pela fé eterna.[48]

E isto somente é possível, na visão de Santo Agostinho, "pela livre opção de nossa vontade".

[45] AGOSTINHO, Santo. O livre-arbitrio, p. 13.
[46] Idem, ibidem.
[47] Idem, ibidem.

## 7 WELZEL E SUAS REFLEXÕES SOBRE O LIVRE-ARBÍTRIO

Em 1962 Karl Engisch pronunciou uma conferência na Associação Alemanha de Juristas em Berlin sobre "A doutrina do livre-arbítrio em Filosofia do Direito Penal atual". Suas idéias coincidiram, em muitos aspectos com as idéias de Adolf Merkel que publicou em 1892 um trabalho sobre "Las idéias da retribuição e de fim em Direito Penal". Engisch invocou um exemplo de Merkel, depois de comprovar um non liquet no problema da liberdade, para base na tese hipotética do determinismo examinar em que medida pode subsistir a responsabilidade penal, no caso de o determinismo estar certo.[49]

Engisch e Merkel chegaram à conclusão de que os juristas, ainda que fosse colocado de fora o determinismo, encontrariam uma justificação dos conceitos de culpabilidade e de responsabilidade (...)[50]

Nowakowski dizia a este respeito que a ciência alemã do Direito Penal, daquela época, baseava-se, fundamentalmente, em uma concepção indeterminista do homem e nela se compreende a culpabilidade jurídico-penal como uma culpabilidade moral, no sentido de uma ética indeterminista, sendo poucas as opiniões que lhe eram contrárias.

Welzel afirma que a concepção do indeterminismo do homem parece haver ultrapassado o ponto culminante de sua força de convicção nos países de língua alemã e o pêndulo parece retroceder (ao determinismo) em direção nas gerações mais jovens.[51]

[48] Passim.
[49] WELZEL, Hans. Estúdios de filosofia del derecho y derecho penal, p. 31.
[50] Idem, ibidem.
[51] Idem, p. 32.





O modelo hipotético de determinismo de Engisch, no tocante à responsabilidade penal, tem como idéia central a consciência da liberdade de haver atuado de acordo com a nossa própria personalidade, ou seja, compatível com o sentimento de ter que responder por sua própria maneira de ser do indivíduo.

Welzel crítica esta posição de Engisch se a liberdade entendida de um modo determinista consiste em atuar de acordo com nossa própria personalidade, isto tem de valer tanto para o autor como para o legislador que tem de decidir sobre o que é lícito e ilícito. Porém, pode o legislador, frente à crítica de seus atos legislativos, escudar-se naquilo que o tem levado a cabo de acordo com sua própria personalidade ? [52]

Bockelman também objetou a teoria de Engisch ao fazer alusão ao juiz que tem de julgar o fato. Diz ele que, se a lei de determinação causal é rígida incondicionalmente, ela tem de valer não só para a conduta do autor que cometeu um crime, mas também para aquele que o tem de julgá-lo.[53] "O conhecer não depende já somente da vontade do que pensa, senão, na mesma medida, do objeto em que se pensa"[54]

Os atos do conhecimento estão determinados pelo objeto de conhecimento, ou seja, pelo sujeito cognoscente. Esta relação de conhecimento, isto é, do poder conhecer pelo livre-arbítrio, é sumamente peculiar e não pode ser confundida com a relação de causalidade das ciências naturais.

Assim, o ato de conhecimento é livre (e tem de ser livre) de determinantes causais ("cegas"), para que seja possível

[52] Op. citatum, p. 33.
[53] Passim, p. 33.
[54] WELZEL, Hans. Estúdios de filosofia del derecho y derecho penal, p. 32.

uma determinação conforme ao sentido, de acordo com o objeto de conhecimento.

Para Welzel é certo que o conceito da liberdade implica que a execução do ato de conhecimento tem que estar livre de determinantes causais, porém o curso do pensamento está determinado pelas razões evidentes do objeto. O curso do pensamento não está indeterminado, senão complemente determinado, não por causas cegas, senão por razões evidentes.[55]

Explica Danner que todos os conteúdos de consciência que têm de converter-se em motivos têm uma carga emocional. Para Danner não existe diferença qualitativa entre as diversas cargas emocionais ou classes do prazer; entre elas existem, unicamente, diferenças de grau, de intensidade...[56]

Para Welzel a falha fundamental do pensamento de Danner reside no fato de que a conduta humana se desenvolve não somente no mundo da força da intensidade dos impulsos, senão também em um mundo pleno de significação, no qual os motivos compreendem critérios de sentido, segundo os quais, para citar uma frase de Lersch "O homem como ser espiritual se destina a um lugar e uma tarefa que se o faz vinculante para sua conduta e sua obra".[57]

Por isso que Agostinho[58] já dizia que o homem é superior aos animais pela razão e por isso o homem está perfeitamente ordenado em si mesmo, acrescentando-se que o homem não é determinado por leis da natureza, como os animais, pois ele é senhor do seu destino.

[55] Idem, p. 35.
[56] Idem, p. 40.
[57] Idem, p.42
[58] Idem, p. 43.





Engisch, afirma que a liberdade de poder atuar de outra maneira significa somente a possibilidade de atuar de outro modo, depois de haver sofrido a pena - ou com outras palavras - pela capacidade de ser influenciado por uma pena.[59]

### 7.1 Aspecto antropológico

Foi um fracasso a teoria evolucionista biológico de Darwin que fundamentou as teorias dos criminólogos positivistas Ferri Garofalo e Lombroso, lembrando, ainda, que Liszt baseou-se nessa teoria para estruturar seu programa de Marburgo da Pena Final de 1882.[60]

Pela teoria do evolucionismo o homem era o último elo da espécie dos primatas e sua inteligência uma maior e mais fina especialização dos institutos animais.

Em contraposição a esta afirmação, zoólogos e psicólogos de animais chegaram à conclusão de que não existe uma maior especialização dos instintos animais, mas, ao contrário, uma grande involução das formas inatas de conduta.[61]

Nesta perspectiva é que se entende que o homem é caracterizado pelo grande retrocesso das formas inatas, instintivas de conduta, e, por conseqüência, daqueles reguladores biológicos que conduzem certamente ao animal.[62]

Assim, ao contrário do animal, o homem, por sua grande liberdade de instinto é o mais indefeso.

[59] Idem, p. 45.
[60] WELZEL, HANS. El nuovo sistema de derecho penal, p. 94.
[61] Idem , p. 135.
[62] Idem, ibidem.

Por sua liberdade, o homem é um ser livre e isso o faz responsável pelos seus atos, pela sua liberdade, ou seja, ele pode construir a sua ação, sua história, livre de qualquer amarra, calcado na sua inteligência, *pois ao homem, diferentemente do animal, não é dado biologicamente a ordem de sua existência como o animal.*[63]

Ao contrário, ao animal é imanente o sistema de ação que é típico de sua espécie, em virtude da transmissão hereditária.[64]

## 7.2 Aspecto caracteriológico

O retrocesso às formas inatas de conduta surgiu no homem um "Eu", como centro de sua responsabilidade, com uma estrutura anímica de uma pluralidade de estratos.

Para Welzel esse "Eu" mesmo como centro (profundo) regulador que nos dirige conforme a finalidade e o valor, como atos do pensamento, apóiam-se em razões lógico-objetivas e da vontade, que orientam, segundo a finalidade e valor.[65]

Para Lersch toda ação está baseada em um esquema antecipado de seu curso e de seu resultado. Todos os impulsos têm dois aspectos: uma determinada força e um determinado conteúdo de finalidade. A decisão da ação é então apenas o resultado do impulso que chegou a dominar. As forças do impulso são compreendidas em sua finalidade que se convertem em motivos como em suas razões objetivas (lógicas ou valorativas).[66]

[63] Ibibem, p. 136.
[64] Passim, p.136.
[65] Passim, p. 137.
[66] Passim, p. 138.





É dizer, a ação humana é dotada de modo instintivo conforme o seu fim. Como afirma Welzel:

> A significação insubstituível da função de direção da vontade, orientada finalisticamente, consiste, porém, em que seja possível uma nova configuração da vida humana de acordo com a verdade, na finalidade do valor, e permite, com isso, ao homem a regulação de seus impulsos, que lhe está confiada de modo responsável após o desaparecimento dos instintos biológicos.[67]

## 7.3 Aspecto categorial

O problema do livre-arbítrio, segundo Welzel, já não pode responder já sobre o "eu", mas somente o "como": pergunta Welzel como ser possível ao homem o domínio da coação causal por meio de uma direção orientada finalisticamente, pela qual o faz responsável por ter adotado a decisão errada no lugar da certa ?.[68]

Consoante Welzel a resposta não pode ser encontrada pelo caminho do indeterminismo tradicional, pois este destrói, precisamente, o sujeito responsável, se o ato de vontade do homem não estivesse determinado por nada, o ato posterior não poderia guardar nenhuma relação com o ato anterior.[69]

O erro do determinismo tradicional, afirma Welzel, consistiu em acreditar que existe uma única forma de determinação, que desde a Idade Média costuma-se considerar como causalidade, ou seja, *monismo causal*[70].

[67] WELZEL, Hans. Derecho penal aleman, p.138-139.
[68] Idem, p. 139-140
[69] Idem, p.140
[70] Idem, ibidem.

Para o monismo causal não seria possível a reprovabilidade, por ter o homem adotado a decisão errada ao invés da certa, porque toda decisão – independentemente de ser errada ou certa – deve estar necessariamente predeterminada.[71]

Assim sendo, a determinação dar-se em todos os atos de conhecimento: a compreensão da estrutura interna de um objeto não é o resultado de conexões associativas anteriores ou de outros fatores causais, mas que se determina ela mesma, de um modo evidente, de acordo com o objeto que tem um vista.[72]

Assim, o ato do conhecimento são causas cegas como as conexões associativas. O homem passa a ser responsável pelo conhecimento, ou seja, pela apreensão do objeto.

Destarte, conclui Welzel: a liberdade não é um estado, mas um ato: o ato da liberdade da coação causal dos impulsos para a autodeterminação de acordo com os fins. Pois bem, na falta desse ato baseia-se o fenômeno da culpabilidade: culpabilidade é a falta de autodeterminação conforme os fins em um sujeito que era capaz de determinar-se.[73]

ESMAPE - BIBLIOTECA
340.05
P-01
EMPRÉSTIMO

BIBLIOTECA DA
ESMAPE

[71] Idem, ibidem.
[72] Passim, p. 141.
[73] Passim, p. 147.



Título Revista da Esmape TOMO I 20010024/1912
Vol. 12 Ano 2007 Nº 26 Mês Jul/Dez Exemplar P-01
Assinatura / Nº de inscrição
Devolver em

TÍTULO: Re
Vol. 12
Mês Jul / D
2008

2.3 O autor receberá, gratuitamente, dois exemplares da Revista da ESMAPE, edição que contou com a sua colaboração.
2.4 Os artigos publicados podem ser reproduzidos total ou parcialmente, em formato impresso e/ou eletrônico, desde que citado o(s) nome(s) do(s) autor(es) e fonte de publicação original.
2.5 A seleção dos trabalhos é de competência da Comissão Editorial.
2.6 Os originais selecionados serão submetidos à revisão ortográfica e gramatical, podendo ser alterados com a prévia autorização do autor.
2.7 Os trabalhos serão submetidos à revisão final do próprio autor.
2.8 Os trabalhos 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 a linha editorial da Revista.
2.9 Os trabalhos recebidos não serão devolvidos .
2.10 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 da Comissão Editorial.

Os trabalhos devem ser remetidos para:

Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE
Revista da Esmape
Comissão Editorial – Biblioteca
Rua Imperador Pedro II, nº 221 - Santo Antônio – Recife – PE
CEP 50.010.240
Ou biblioteca @esmape.com.br

Para o monismo causal não seria possível a reprovabilidade, por ter o homem adotado a decisão errada ao invés da certa, porque toda decisão – independentemente de ser errada ou certa – deve estar necessariamente predeterminada.[71]

Assim sendo, a determinação dar-se em todos os atos de conhecimento: a compreensão da estrutura interna de um objeto não é o resultado de conexões associativas anteriores ou de outros fatores causais, mas que se determina ela mesma, de um modo evidente, de acordo com o objeto que tem um vista.[72]

Assim, o ato do conhecimento são causas cegas como as conexões associativas. O homem passa a ser responsável pelo conhecimento, ou seja, pela apreensão do objeto.

Destarte, conclui Welzel: a liberdade não é um estado, mas um ato: o ato da liberdade da coação causal dos impulsos para a autodeterminação de acordo com os fins. Pois bem, na falta desse ato baseia-se o fenômeno da culpabilidade: culpabilidade é a falta de autodeterminação conforme os fins em um sujeito que era capaz de determinar-se.[73]

ESMAPE - BIBLIOTECA
340.05
P-01
EMPRÉSTIMO

BIBLIOTECA DA
ESMAPE

[71] Idem, ibidem.
[72] Passim, p. 141.
[73] Passim, p. 147.



Título Revista da Esmape TOMO I 20030024/1812
Vol. 12 Ano 2007 Nº 26 Mês Jul/Dez Exemplar P-01
Assinatura / Nº de inscrição
Devolver em

TÍTULO: Re
Vol. 12
Mês Jul / D
2008

2.3 O autor receberá, gratuitamente, dois exemplares da Revista da ESMAPE, edição que contou com a sua colaboração.
2.4 Os artigos publicados podem ser reproduzidos total ou parcialmente, em formato impresso e/ou eletrônico, desde que citado o(s) nome(s) do(s) autor(es) e fonte de publicação original.
2.5 A seleção dos trabalhos é de competência da Comissão Editorial.
2.6 Os originais selecionados serão submetidos à revisão ortográfica e gramatical, podendo ser alterados com a prévia autorização do autor.
2.7 Os trabalhos serão submetidos à revisão final do próprio autor.
2.8 Os trabalhos 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 a linha editorial da Revista.
2.9 Os trabalhos recebidos não serão devolvidos .
2.10 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 da Comissão Editorial.

Os trabalhos devem ser remetidos para:

Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE
Revista da Esmape
Comissão Editorial – Biblioteca
Rua Imperador Pedro II, nº 221 - Santo Antônio – Recife – PE
CEP 50.010.240
Ou biblioteca @esmape.com.br