

A Responsabilidade na Sociedade por Quotas

ALEXANDRE FERREIRA DE ASSUMPÇÃO ALVES

Mestre em Direito. Professor Assistente de Direito Comercial das Faculdades de Direito da U.F.R.J. e da U.E.R.J.

1. As primeiras sociedades comerciais surgiram da associação de comerciantes ou de pessoas em cooperação com comerciantes para, mediante a conjugação de recursos, desenvolver uma atividade mercantil em prol dos partícipes, ainda que alguns não se obrigassem pessoalmente pelo resultado das operações praticadas.¹ Estes grupos eram constituídos em virtude da figura dos integrantes (*intuitu personae*), sendo um traço preponderante a responsabilidade ilimitada e solidária de uns, alguns ou de todos os sócios. A sociedade comercial era concebida como uma “associação” de comerciantes, expressão ainda presente em certos dispositivos do Código Comercial (arts. 289, 291, 311, entre outros) e não como uma realidade técnica, presente no mundo jurídico e com existência distinta de seus integrantes – pessoa jurídica.

A responsabilidade ilimitada dos sócios, peculiar aos tipos clássicos de sociedade, representava, por um lado, uma segurança para os credores, mas por outro era um grave obstáculo para os empreendedores que desejavam explorar uma atividade comercial de grande vulto e, por conseguinte, ensejadora de um investimento maior. O insucesso acarretaria aos sócios não apenas a cessação da atividade social, mas o comprometimento subsidiário de seu patrimônio pessoal.

¹ Tem-se, à guisa de ilustração, a sociedade em comandita, originária do contrato de comenda, e considerada o mais antigo tipo de sociedade comercial. No contrato de comenda apenas o sócio comerciante realizava as operações **em nome próprio**, obrigando-se ilimitadamente pelo resultado das transações. O resultado positivo da atividade deveria ser repartido com os sócios comanditários ou prestadores de capitais, muito embora estes não fossem declarados no contrato social, nem mencionados nas operações realizadas pelo (s) comanditado(s).

A necessidade da aglutinação de vultosos capitais em decorrência das grandes navegações nos séculos XVI e XVII, a fim de possibilitar a colonização e a exploração econômica dos novos territórios motivou a criação, por Carta Régia, das Companhias de Comércio ou sociedades anônimas², a primeira sociedade a admitir a responsabilidade limitada para todos os sócios. Tal fato representou uma profunda mudança no direito societário, permitindo a disseminação das sociedades comerciais e o aumento considerável do número de sócios, haja vista que, até então, os tipos clássicos exigiam poucos participantes, quase sempre comerciantes individuais, com ambições bastante modestas e de atuação local ou regional.

O acionista, por sua vez, embora pudesse limitar sua responsabilidade ao valor de suas ações, não tinha (e não tem), via de regra, papel preponderante na sociedade anônima, uma vez que o principal interesse da sociedade é o de atrair investimentos que possibilitem a exploração do objeto social, sendo a sociedade constituída mais em função da contribuição para a formação do capital do que a pessoa dos sócios em si.

Estas considerações de cunho histórico são de extrema importância para uma adequada compreensão da sociedade por quotas e das razões que determinaram sua criação por decisão legislativa.

A sociedade por quotas é bem mais recente no cenário das sociedades comerciais, se comparada com os outros tipos, e não é produto dos usos comerciais ou de decisão governamental, mas do legislador.

Seu aparecimento é derivado da necessidade que os pequenos e médios empreendedores do século XIX tinham de um tipo de sociedade que conferisse a todos os sócios responsabilidade limitada, mas pudesse ser fundada e administrada de modo simples, passível de ser organizada por duas pessoas com um capital modesto, e sem necessidade de autorização

². Não há consenso na doutrina comercial acerca da origem das sociedades anônimas. A tese clássica do historiador Goldschmidt atribui à Casa ou Banco *di San Giorgio*, surgida no século XV em Gênova, o protótipo da sociedade anônima, pelo fato de terem sido as quotas dos membros no capital divididas em frações iguais e que, posteriormente, eram livremente negociadas (à semelhança das ações). Jean Escarra contesta essa versão e afirma que tal entidade sequer era uma sociedade, mas sim uma comunhão de interesses entre os credores da República de Gênova, cujos créditos foram reunidos e administrados por um conselho gestor que representava os comunhantes. De acordo com este jurista, a origem das sociedades anônimas está nas Companhias de Comércio, termo aliás empregado pelo Código Comercial (Título XV, capítulo II) como sinônimo de sociedade anônima, tradicionalmente no direito pátrio, inclusive na Lei nº 6.404/76, que trata da matéria hodiernamente (art.1º). Para maiores informações sobre o tema, cf. Fran Martins, *Curso de direito comercial*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 304.

especial para sua constituição, elementos ausentes na sociedade anônima na época. Para atender a todos esses anseios não havia nenhuma sociedade, pois a companhia de comércio exigia requisitos especiais de constituição e de gestão e a sociedade em comandita por ações, criada com a finalidade de atender aos empresários de menor porte, exigia a presença de sócios de responsabilidade ilimitada, na qualidade de gerentes.

Coube ao legislador alemão, em 1892, a primazia no tratamento legislativo das sociedades por quotas ao editar a lei de 20 de abril, que permitia a constituição da *Gesellschaft mit Beschränkter Haftung* (G.m.B.H.), denominada no direito brasileiro, por influência da lei portuguesa de 11 de abril de 1901, sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

A sociedade por quotas é, praticamente, o único tipo de sociedade que se constitui nos dias atuais no Brasil³, sendo que uma das razões que contribuiu para sua rápida disseminação e adoção pelos empresários brasileiros é a responsabilidade limitada dos sócios quotistas, responsabilidade esta bastante diferente da atribuída pelo texto legal aos acionistas, como será exposto oportunamente, embora persistam muitas dúvidas e opiniões equivocadas entre aqueles que desconhecem seu tratamento jurídico.

2. Observa com acuidade Carlos Fulgêncio da **Cunha Peixoto** que não é possível conceber uma noção universal de sociedade por quotas a partir do direito alemão; seu conceito deve ter em vista a lei de cada país, haja vista que, “de maneira geral, seus característicos divergem de uma legislação para a outra”.⁴

Assim o é ao examinar-se o octogenário Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919, resultado do Projeto de Lei nº 287, de autoria do deputado gaúcho Joaquim Luis Osório. O *nomen juris* - sociedade por quotas de responsabilidade limitada - é influência direta da lei portuguesa de 1901 e não guarda identidade com o direito alemão, como também diverge da norma contida no art. 2º da lei brasileira referente à responsabilidade dos

³ Decorridos oitenta anos da instituição da sociedade por quotas no Brasil, este é praticamente o único tipo de sociedade adotado, conforme demonstram os dados estatísticos do Departamento Nacional do Registro do Comércio (DNRC). Em 1998, das 226.902 empresas constituídas, 223.663 ou 98,57% foram sociedades por quotas, das quais 20.127 no Estado do Rio de Janeiro. Os dados estatísticos foram colhidos na página do DNRC na Internet (<http://www.dnrc.gov.br>)

⁴ PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *A Sociedade por Cota de Responsabilidade Limitada*. Vol.1. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 50.

sócios. Ao contrário de outros países, na sociedade por quotas concebida pelo legislador brasileiro não há número máximo de sócios, nem valor mínimo para o capital⁵.

Os aspectos mais relevantes da sociedade por quotas, de acordo com o diploma que a disciplina, são:

- a responsabilidade limitada dos sócios à importância do capital declarada no contrato;

- o uso da firma ou denominação, seguida sempre da palavra “limitada”;

- a responsabilidade solidária e ilimitada de todos os sócios pela parte que faltar para a integralização do capital, **em caso de falência**;

- o ato constitutivo deve ser elaborado com base nos dispositivos do Código Comercial, mas podem os sócios invocar, na omissão da lei e do contrato social e, no que com este for compatível, os dispositivos referentes à sociedade anônima (art.18).

O primeiro aspecto é aquele que imprime feição singular à sociedade por quotas. Diferentemente da maioria dos países, inclusive da própria Alemanha, a lei brasileira não circunscreve a responsabilidade dos quotistas ao valor nominal de suas quotas e sim **ao valor total do capital da sociedade**. Faz-se mister um esclarecimento do alcance desta norma e de sua exata compreensão.

Verifica-se, notadamente entre os pequenos empreendedores, um certo desconhecimento do verdadeiro sentido do dispositivo legal, especialmente em relação ao vocábulo “total”. De acordo com o jurista mineiro João **Eunápio Borges**⁶ “cada sócio obriga-se solidariamente pela integralização do capital social. De *todo* o capital e não apenas de sua cota.” Traço marcante e peculiar a este tipo societário e bastante diverso da responsabilidade dos acionistas nas sociedades por ações.

A responsabilidade do sócio na sociedade por quotas, embora limitada, não é idêntica a do acionista; enquanto este responde pessoalmente até o preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas (art. 1º da Lei nº 6.404/76), aquele permanece solidário juntamente com seus pares até a

⁵. Cf., entre outras, a lei francesa de 1966 (art. 36), fixando o máximo de 50 sócios, e a lei portuguesa (art. 4º), em relação ao capital mínimo.

⁶. BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 323.

realização de todo o capital social⁷. Destarte, não basta que um ou mais sócios realize o valor nominal de sua quota, ficando todos eles comprometidos por força da solidariedade *ex lege*, em caso de falência (art. 9º).

A partir do momento em que as quotas estiverem “liberadas” (termo usado pelo Decreto nº 3.708) – vale dizer a partir da “integralização” do valor nominal das quotas – nada mais devem os sócios à sociedade e nem podem ser compelidos a qualquer prestação suplementar.⁸

Fran MARTINS censura a redação do art. 2º justificando não ser ela consentânea com as leis alemã e portuguesa, fontes legislativas do Decreto nº 3.708, mas reconhece que “a responsabilidade dos sócios, no Brasil, é *sempre* pelo total do capital social”.⁹

Esta também é a interpretação da jurisprudência brasileira, conforme é possível verificar nos julgados a seguir:

“O limite da responsabilidade dos sócios é o capital social. Se o capital foi integralizado nenhum cotista pode ser compelido a fazer qualquer prestação.”

(TASP – 3ª C.Cível- Ap. nº 138.829 - rel. Martiniano de Azevedo. In Julgados do TASP, vol. 16, p.256/7)

“EXECUÇÃO FISCAL. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Capital integralizado. Penhora de bens particulares do sócio – inadmissibilidade.

⁷ Cabe advertir que esta solidariedade, de acordo com o Decreto nº 3.708, só se verifica em caso de falência da sociedade na hipótese dos bens sociais serem insuficientes para o pagamento de suas dívidas. A solução do direito brasileiro acerca do “limite” da responsabilidade dos sócios é um outro aspecto interessante que demonstra uma das peculiaridades da sociedade por quotas no Brasil. Na Argentina, por exemplo, a lei de 1972 que regula a sociedade por quotas estabelece que os sócios são responsáveis ilimitada, solidária e subsidiariamente pela integralização do capital (solução semelhante ao modelo brasileiro), enquanto que a lei colombiana de 1971 segue a mesma sistemática do direito francês, restringindo a responsabilidade dos sócios ao montante de sua contribuição no capital.

⁸ Obviamente que tal assertiva não pode ter um sentido absoluto, implicando numa proteção insuperável dos sócios conferida pela personalidade jurídica da sociedade. A lei, a doutrina e a jurisprudência admitem que, em certos casos, quando os sócios utilizam a sociedade e sua autonomia patrimonial para praticar atos fraudulentos ou com abuso do direito, possa ser superada a personalidade da sociedade (*lifting the corporate veil*) a fim de que sejam responsabilizados pessoalmente e ilimitadamente os autores e cúmplices destes atos. Vide, entre outros, Fábio Ulhôa COELHO, *Desconsideração da personalidade jurídica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

⁹ MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 274.

A penhora em executivo fiscal proposto contra sociedade por cotas de responsabilidade limitada cujo capital esteja integralizado não pode atingir bens particulares de sócio, dado que não respondem esses pelas dívidas sociais, ainda que de natureza fiscal.

A responsabilidade dos sócios por tais dívidas se circunscreve à prática de atos com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatutos, em qualquer caso dirimível através de ação distinta.” (TAMG – 2ª C. Cível – Ap. nº 9.263 - rel. Amado Henriques. In Revista dos Tribunais nº 519, p. 241.)

Não obstante as decisões supra, o digno e saudoso comercialista atribui sentido particular ao enunciado do art. 2º, sustentando que os sócios continuam a responder pela integridade do capital **durante toda a existência da sociedade, mesmo após a sua integralização**, caso venha a ser desfalcado, ou em caso de dissolução, verificada a sua insuficiência. O fundamento para esta tese estaria no próprio art. 2º ao estipular ser a responsabilidade limitada ao total do capital, podendo qualquer sócio ser compelido a completá-lo.

João **Eunápio Borges**¹⁰, Rubens **Requião**¹¹, dentre outros, sustentam que a responsabilidade dos quotistas é equivalente à importância do capital social não integralizado.

Anota Waldirio **Bulgarelli**¹² que a posição de Fran Martins é isolada, não encontrando amparo nem na doutrina nem na jurisprudência, sendo que esta tem se alinhado à corrente dominante.

3. O ato constitutivo da sociedade por quotas será regulado pelas disposições do Código Comercial (arts. 300 a 302), por expressa invocação do Decreto nº 3.708. Destarte, deverá o contrato ser escrito (art. 300) e estar arquivado na Junta Comercial, sob pena de não ter validade perante terceiros e obrigar os sócios solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (art. 301); no tocante ao art. 302, cumpre salientar que o mesmo encontra-se superado em virtude da legislação especial posterior (Lei nº 8.934/94 e Decreto nº 1.800/96), não constituindo mais um indicativo das cláusulas obrigatórias no contrato de sociedade comercial.

¹⁰. *Op. cit.*, p. 334.

¹¹. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1, 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 429.

¹². BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades Comerciais*. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 115, nota 1.

A Lei nº 8.934/94, que regula o Registro de Empresas Mercantis e Atividades Afins, dispõe em seu art. 35, *in verbis*:

“Art. 35. Não podem ser arquivados:

I – os documentos que não obedecerem às prescrições legais e regulamentares [...]”

O Decreto nº 1.800 regulamentou a Lei nº 8.934, enumerando no art. 53, inciso III, as cláusulas obrigatórias dos contratos de sociedade, sob pena de indeferimento do pedido de arquivamento, incluindo no rol a cláusula de responsabilidade dos sócios.

O Decreto nº 3.708 impõe a inclusão no ato constitutivo da cláusula de limitação de responsabilidade dos sócios em termos precisos: até a importância total do capital social, e não ao valor da quota de cada sócio, tornando-se ineficaz perante terceiros, **ainda que o contrato esteja arquivado**, disposição em sentido diverso.

Explica-se a exigência legal em face da responsabilidade ilimitada dos sócios ser presumida no direito brasileiro, podendo estes dispor em contrário, desde que o tipo de sociedade adotado o permita, mas é imprescindível ficar ostensivo para terceiros essa limitação. Prevendo o contrato que a responsabilidade dos sócios esgota-se com a integralização do capital, e sendo o documento levado a arquivamento, os integrantes da sociedade estão dando ciência de tal fato a terceiros, inclusive pela publicidade decorrente dos atos referentes ao Registro de Empresas Mercantis.

Se o contrato não contiver a cláusula de limitação de responsabilidade, todos os sócios responderão ilimitada, solidária e subsidiariamente pelas obrigações sociais. Idêntica situação ocorrerá na ausência de arquivamento, **ainda que o instrumento contenha cláusula de limitação da responsabilidade dos sócios**, configurando-se um dos casos de sociedade irregular.

Outra situação que deve ser lembrada pela sua importância no cotidiano das relações comerciais diz respeito ao uso do nome empresarial pelos sócios-gerentes. A firma social ou a denominação deverá estar sempre seguida da expressão “limitada”, por extenso ou abreviadamente, sob pena de serem responsabilizados solidária e ilimitadamente os sócios-gerentes e aqueles cujo patronímico constar da razão social (art. 3º, § 2º, do Decreto nº 3.708).

Divergem os estudiosos do tema acerca da condição da sociedade por quotas cujo ato constitutivo omitir a cláusula de limitação de responsabilidade.

Waldemar Ferreira¹³ é categórico ao admitir que a omissão de tal declaração, indispensável no contrato, “torna a sociedade irregular, trazendo como consequência, a ilimitada e solidária responsabilidade dos sócios, pelas obrigações sociais.”

Rubens **Requião**¹⁴ reconhece que a sociedade por quotas passa a ser uma sociedade em nome coletivo, o que não modifica a posição de Waldemar Ferreira no tocante à responsabilidade dos sócios, haja vista que tanto nas sociedades irregulares, quanto na sociedade em nome coletivo a responsabilidade dos sócios é solidária e ilimitada.

Waldirio **Bulgarelli**¹⁵ e Fran Martins¹⁶ desadmitem a existência de sociedade por quotas irregular ou de fato, uma vez que só é possível a limitação de responsabilidade dos sócios no direito brasileiro se cumpridas as formalidades legais, entre elas a inclusão de cláusula específica e o arquivamento do contrato. Trata-se, segundo estes autores, de uma sociedade irregular e não de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada.¹⁷

Rubens **Requião**¹⁸ acata esta mesma orientação, ao classificar as sociedades comerciais de acordo com o critério da personificação, incluindo entre as sociedades personificadas a sociedade por quotas.

Em sentido contrário, apresenta o Prof. João **Eunápio Borges** seu parecer sobre o tema:

“Se o contrato afirmar expressamente que a sociedade é de responsabilidade limitada e se de todo dele ressaír a intenção de constituir, não uma sociedade em nome coletivo, mas a única sociedade regulada por aquele

¹³. FERREIRA, Waldemar Martins. *Compêndio de Sociedades Mercantis*. Vol.1, São Paulo: Freitas Bastos, 1942, p. 227.

¹⁴. *Op. cit.*, p. 412.

¹⁵. *Op. cit.*, p. 129.

¹⁶. *Op. cit.*, p. 275.

¹⁷. No que tange à sociedade anônima, é pacífico na doutrina nacional, em face da norma contida nos arts. 1º e 99 da Lei nº 6.404/76, que a este tipo de sociedade nunca pode ser considerada como irregular, ainda que não funcione regularmente, isto é, não tenha arquivado e publicado seus atos constitutivos. Verificada esta situação, os acionistas continuariam a responder até o preço de emissão de suas ações, recaindo a responsabilidade sobre os primeiros administradores, ou sobre a própria sociedade, se a Assembléia Geral deliberar em contrário (art. 99, parágrafo único)

¹⁸. *Op. cit.*, p. 334.

decreto, não é justo nem eqüitativo que, à falta da declaração exigida pelo art. 2º, se violente de tal maneira a vontade dos sócios, a ponto de impor-lhes um tipo de sociedade e uma responsabilidade ilimitada que não pretendiam constituir nem assumir.

[...] Não resultando, porém, expressamente da lei a rigorosa sanção com que se quer punir a falta da declaração em exame, [...] de qualquer *terceiro de boa-fé*, lendo o contrato e não podendo alegar a ignorância da lei, sabe que em tal sociedade a responsabilidade dos sócios é limitada à totalidade do capital social [...].”¹⁹

4. Um outro aspecto crucial na sociedade por quotas, com repercussão direta na responsabilidade dos sócios, é a questão da forma e do prazo para a integralização do capital. Ao contrário de outros países – França e Itália, por exemplo – o direito pátrio filia-se ao sistema alemão, que permite a realização do capital em parcelas.

O Decreto nº 3.708 é lacônico a respeito do prazo para a integralização do capital, não exigindo sequer um depósito inicial de parcela do valor das quotas subscritas, ao contrário da lei de sociedades por ações (art. 80, III).

Sublinha Nelson Abrão²⁰ o fato do ordenamento jurídico nacional divorciar-se do grupo latino “que impõe a exigência da integralização imediata da quota subscrita”. Assim sendo, poderão os sócios livremente pactuar se a realização do capital será simultânea ou sucessiva, bem como os valores exigidos a título de entrada e o prazo para a complementação do preço de emissão; o mesmo terá lugar nos aumentos de capital.

Ressalte-se que não é possível o contrato omitir a forma e o prazo de integralização, não obstante a lacuna contida no Decreto nº 3.708. De acordo com o art. 53, III, c, do Decreto nº 1.800/96 (cláusulas obrigatórias dos contratos de sociedades mercantis), é imprescindível a menção dos elementos indicativos nele previstos, *in verbis*:

“Art. 53. Não podem ser arquivados:

I - omissis;

II - omissis;

¹⁹. *Op. cit.*, p. 329.

²⁰. ABRÃO, Nelson. *Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 71.

III - os atos constitutivos e os de transformação de sociedades mercantis, se deles não constarem os seguintes requisitos, além de outros exigidos em lei:

[...]

c) o capital da sociedade mercantil, a forma e o prazo de sua integralização, o quinhão de cada sócio, bem como a responsabilidade dos sócios.”

A falta de norma jurídica que obrigue os sócios à integralização do capital simultaneamente com a constituição da sociedade, bem como a invocação aos arts. 300 a 302 do Código Comercial para regular o ato constitutivo, têm sido os argumentos apresentados para justificar o impedimento à participação de menores na sociedade por quotas.

Rubens **Requião**²¹, embora reconheça que a doutrina e a jurisprudência brasileiras caminham em direção oposta, afirma, com supedâneo no Código Comercial (art. 308), ser vedada a participação de menores em sociedade comercial, salvo na sociedade anônima. Pelo fato de ser a sociedade por quotas uma sociedade de pessoas, quanto à sua natureza, as disposições do Código Comercial seriam aplicáveis supletivamente ao Decreto nº 3.708.

Egberto Lacerda Teixeira²² pondera que existirá sempre o risco da responsabilidade solidária do menor pelo capital não integralizado, em caso de falência, já que a lei não obriga sua realização total no momento da constituição da sociedade. Ainda que o menor ingresse após a integralização, isto não impedirá que os sócios deliberem um aumento do capital sem integralizá-lo no ato, eis que a orientação adotada na fundação da sociedade não tem efeito vinculante nos aumentos futuros.

Esposando opinião contrária, De Plácido e Silva²³, Hermano de **Villemor do Amaral**²⁴ e João **Eunápio Borges**²⁵ admitem a participação de

²¹ *Op. cit.*, p. 427.

²² TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 38.

²³ SILVA, De Plácido e. *Noções Práticas de Direito Comercial*. 14º ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 227.

²⁴ AMARAL, Hermano de Villemor do. *Das Sociedades Limitadas*. Rio de Janeiro: F. Briguet & Cia Editor, 1938, p. 167.

²⁵ *Op. cit.*, p. 342.

menores na sociedade por quotas, sendo que o último apresenta os seguintes argumentos:

- o art. 308 do Código Comercial não deve ser aplicado nas omissões do Decreto nº 3.708, por ser a sociedade por quotas de natureza capitalista ou *intuitu pecuniae*. A partir dessa premissa, se entre os herdeiros do sócio houver algum menor este poderá ser quotista, pois tanto na sociedade anônima, quanto na por quotas a responsabilidade dos sócios é limitada; a diferença é que na sociedade por quotas é preciso que o capital esteja integralizado.

- a partir da integralização do capital, “nenhum deles corre, como cotista ou acionista, o menor risco patrimonial, além da perda de suas quotas ou ações”, bastando o menor ingressar na sociedade após a realização de todo o capital.

Waldirio **Bulgarelli** vê nos argumentos de **Eunápio Borges** uma ordem de idéias enganosa, “verdadeiro sofisma, pois que com base falsa”²⁶. Segundo o mestre paulista, **Eunápio Borges** desprezou os princípios gerais do direito societário referentes ao ingresso em sociedade comercial, sobretudo a sua capacidade e função econômica, além do fato de ser a sociedade por quotas integrante do grupo das sociedades de pessoas, por força do art. 1º do Decreto nº 3.708.

Aplaudindo o raciocínio de Egberto Lacerda Teixeira, Waldirio **Bulgarelli** propõe que só seja permitido o ingresso de menores em sociedade por quotas que tenha o capital integralizado, e em decorrência de sucessão, *constando do ato constitutivo ou de alteração contratual que qualquer aumento de capital exigirá a integralização imediata*, além da proibição do menor ser gerente. Tais providências têm o fito de resguardar os direitos e o patrimônio do menor, até para evitar que, em casos extremos, a sociedade seja totalmente dissolvida, permitindo-se a conjugação dos tradicionais argumentos de cunho paternalista com o princípio da preservação da empresa.

Reconhece, entretanto, o professor paulista a inviabilidade prática de tais imposições e conclui, indagando a si próprio, qual seria o papel do menor na sociedade por quotas, se não pode ser gerente: o de mero receptor de dividendos?

²⁶. *Op. cit.*, p. 135.

A jurisprudência tem-se manifestado favoravelmente à participação de menores nas sociedades por quotas, como é possível inferir na seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal, considerada um *leading case* no tema:

“Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Participação de menores, com capital integralizado e sem poderes de gerência e administração, como cotistas. Admissibilidade reconhecida, sem ofensa ao art.1º do Código Comercial. Recurso extraordinário não conhecido.”

(STF - Pleno - R.E. nº 82.433-SP - j.26.5.76- rel. Min. Xavier de Albuquerque - unânime, *in* Revista Trimestral de Jurisprudência, nº 78-02, p. 608)

O Superior Tribunal de Justiça segue esta mesma orientação, conforme fica evidenciado na decisão a seguir:

“[...] Sociedade por Cotas. Possibilidade de o menor ser cotista, desde que o capital esteja integralizado e não tenha ele poderes de administração.”

(RESP nº 62347/RJ - Rel: Ministro Eduardo Ribeiro j.10/10/1996, *in* Diário da Justiça de 29/10/96, p. 41641)

5. Quando da análise do art. 2º do Decreto nº 3.708, mencionou-se a regra peculiar à sociedade por quotas da limitação da responsabilidade dos sócios ao valor **total** do capital, e não ao valor nominal de cada quota. Desta forma, existe uma solidariedade entre os participantes até a integralização e, a partir desse instante, nenhum deles poderá ser obrigado a efetuar qualquer prestação suplementar.

É preciso compreender a norma, relacionando-a ao art. 9º, que restringe seu significado e alcance. Não é sempre que os sócios serão chamados a responder solidária e ilimitadamente pela parte do capital não integralizado, mas **apenas em caso de falência**.

Verifica-se, a partir da exegese dos dispositivos supracitados, que a designação “sociedade por quotas de responsabilidade limitada”, oriunda da lei portuguesa de 1901, é imprecisa. A responsabilidade dos sócios não é limitada às suas quotas, mas ao **total** do capital social; todavia, a designação

atual é bem melhor do que aquela utilizada, *de lege ferenda*, pelo Projeto de Código Civil (Projeto de Lei nº 634/75, da Câmara dos Deputados).

O Projeto de Código Civil (Livro II, Título II, Capítulo IV) contempla as “Sociedades Limitadas”, seguindo a expressão consagrada pela maioria dos países e o jargão corrente no uso comercial.

Não é possível, dentro da boa técnica jurídica, aplaudir o *nomen juris*, em face dos princípios de direito societário, entre eles a autonomia real da pessoa jurídica em relação a seus membros, norma consagrada no art. 20 do Código Civil.

Fábio Ulhôa Coelho²⁷, com grande objetividade e precisão esclarece:

“Limitada, obviamente, não é a responsabilidade da sociedade pelas obrigações que assumir. Por estas responderá, sempre ilimitadamente, a sociedade comercial, posto cuidar-se de obrigações pessoais dela. Limitada é a responsabilidade subsidiária dos sócios pelas obrigações sociais.”

Com efeito, como leciona com proficiência o professor **Theophilo** de Azeredo Santos²⁸, na sociedade por quotas é possível visualizar dois momentos distintos: o da integralização parcial e o da integralização total; no primeiro os sócios são solidários até o valor do capital social ainda não realizado – este é o limite – e, no segundo, a responsabilidade é unicamente da sociedade.²⁹

É com a declaração judicial de falência que se cristaliza a responsabilidade dos quotistas no tocante ao pagamento das prestações necessárias à integralização do capital.

O art. 9º do Decreto nº 3.708 está vinculado aos dispositivos da Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/45) referentes à ação de integralização (art. 50 e seus parágrafos).

Cumprе alertar que a lei de quebras (art. 5º) estende os efeitos da declaração de falência da sociedade aos sócios de responsabilidade ilimi-

²⁷. COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 141.

²⁸. SANTOS, Theophilo de Azeredo. *Manual de Direito Comercial*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 257.

²⁹. O Projeto de Código Civil (art.1055) embora não limite a responsabilidade dos quotistas à hipótese de falência, ao dispor que “todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”, não modifica a regra atual, uma vez que a responsabilidade dos sócios é sempre *subsidiária*.

tada – ditos “solidários”. A eles são aplicáveis todos os direitos e todas as sanções que a lei atribuir ao falido, sendo tal equiparação objeto de veemente censura de Waldemar Ferreira³⁰, para quem os sócios solidários só não recebem a alcunha de falido, mas que, na realidade, não passam disso, tantas são as conseqüências da sentença de falência sobre as suas pessoas e bens, critica a orientação:

“Na tradição brasileira, tão salutar, a falência da sociedade acarretava a dos sócios solidários ilimitadamente responsáveis. Acabou-se com isso, mas apenas terminologicamente. O sócio solidário não é mais declarado falido, mas fica sujeito aos dispositivos falimentares, como se o fosse.”

Aos sócios quotistas, em face da decretação da falência, estando o capital parcialmente integralizado, aplica-se o teor do art. 5º da Lei de Falências?

Evidentemente que não, uma vez que a única exigência do legislador é a integralização do capital social, este representando, em geral, a garantia prioritária dos credores.

Instrumentalizando o art. 9º do Decreto nº 3.708/19, prevê o Decreto-Lei nº 7.661/45 a ação de integralização, não só para os sócios da sociedade por quotas, mas também para os acionistas da sociedade por ações, sendo que a responsabilidade dos primeiros é solidária, e a dos últimos, individual.

A abertura da falência produz, por exceção, o vencimento antecipado das prestações dos sócios em relação à sociedade falida, até o limite do capital não realizado. Trata-se de crédito em favor do falido, mas o tratamento é idêntico ao das dívidas, uma vez que estas, vencidas ou vincendas, são exigíveis na data em que é prolatada a sentença de falência.

A ação de integralização deve ser intentada pela massa falida, representada pelo síndico, consoante a regra do art.12, III, do Código de Processo Civil. São partes legítimas no pólo passivo os sócios, individual ou coletivamente, “um por todos ou todos por um”, no feliz trocadilho de Hermano de **Villemor do Amaral**³¹, sendo ineficaz, em relação à massa, qualquer cláusula contratual em contrário.

³⁰. FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. Vol. 14. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 49.

³¹. AMARAL, Hermano de Villemor do. *Das Sociedades Limitadas*. *Op. cit.*, p. 131.

O ajuizamento da ação independe do início da liquidação, *ex vi* do art. 50, § 1º da Lei de Falências, que autoriza a sua propositura antes de vendidos os bens da sociedade e apurado o ativo. Desnecessária, por isso mesmo, a prova da insuficiência do ativo para o pagamento do passivo, embora Trajano de **Miranda Valverde** sustente opinião diversa.³²

Respeitado o pensamento do ilustre jurista, a exegese do § 1º do art. 50 não fornece outra ilação, senão a de que o síndico pode, imediatamente, promover a ação contra todos os devedores ou contra cada um deles. É na liquidação, a princípio, que serão vendidos os bens do falido, mas antes desse momento é perfeitamente possível ao síndico, na qualidade de legítimo administrador dos interesses da massa falida, intentar as ações cabíveis, sendo inclusive um de seus deveres legais (art. 63, XVI, da lei de falências). Ao dispensar a arrecadação e a verificação dos créditos - procedimentos que visam apurar o ativo e o passivo da massa, respectivamente - a lei falimentar autoriza a execução imediata das prestações necessárias à integralização do capital.

Fábio Ulhôa Coelho³³ defende a tese de que, uma vez julgada procedente a ação de integralização, devem ser penhorados os bens dos sócios até o valor necessário à realização de todo o capital, mas tais bens não poderão ser vendidos em juízo senão após a liquidação dos bens sociais, caso seja verificada a insuficiência destes.

Com a devida vênia, há um certo equívoco na interpretação do texto legal. A responsabilidade subsidiária dos sócios, prevista nos arts. 350 do Código Comercial e 596 do Código de Processo Civil, não é aplicável em relação à ação de integralização, posto que esta versa sobre a cobrança de um **crédito** da sociedade, **dívida** dos sócios.

Observa a esse respeito Amador Paes de Almeida:³⁴

“Como ressalta o art. 596 do Código de Processo Civil, os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei, e, essa lei, em se tratando de

³². VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. Vol. 1, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 374.

³³. COELHO, Fábio Ulhôa. *Código Comercial e Legislação Complementar Anotados*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 630.

³⁴. ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das Sociedades Comerciais*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992, p. 126.

sociedade por quotas, é o Decreto nº 3.708/19, que restringe a responsabilidade do sócio ao limite do capital social, isentando-o de qualquer responsabilidade, mesmo solidária, uma vez integralizado o fundo social. [...] É a exceptio excussionis, exercível pelo sócio, para que primeiro se execute a sociedade. [...]”

As prestações dos sócios são créditos da sociedade por quotas, tanto que a autora da ação de integralização é a massa falida; portanto, a responsabilidade subsidiária, implicando na venda dos bens particulares dos sócios somente após a apuração da insuficiência dos bens da sociedade, é inaplicável *in casu*.

Deixando patente a natureza de crédito do falido, inclusive com o vencimento antecipado por força da sentença de falência, expõe Trajano de **Miranda Valverde**³⁵.

“Como exceção à regra de que não vencem com a falência as dívidas ativas do falido, mas continuam os devedores a gozar do termo ou prazo preestabelecido para o pagamento, são imediatamente exigíveis as quantias devidas pelos acionistas ou pelos sócios de responsabilidade limitada, correspondentes às partes ou cotas de capital social por eles tomadas e subscritas. Pois que o capital que os sócios prometeram realizar, é a primeira das garantias oferecidas aos terceiros [...].”

Partindo de um falso pressuposto, isto é, de que as prestações dos sócios quotistas referentes à integralização do capital são dívidas da sociedade e, como tal, a responsabilidade seria subsidiária, conclui Fábio Ulhôa Coelho³⁶ que “a execução da sentença condenatória da ação de integralização, portanto, deve ficar suspensa até a conclusão da realização do ativo da sociedade falida.”

Em primeiro lugar, a Lei de Falências é clara no sentido de garantir a independência entre o patrimônio da massa falida e a ação de integralização. O argumento mais relevante encontra-se no *caput* do art. 50, precisamente no trecho referente “às ações ou quotas que subscreveram para o capital”. A

³⁵. *Op. cit.*, p.372.

³⁶. *Idem*.

lei utiliza o termo subscrição e esta, segundo Fran Martins³⁷, é “a obrigação assumida pelo subscritor de pagar as importâncias relativas ao preço de emissão”. É um ato irrevogável e irretratável, “não podendo o subscritor dele desistir”, adita José Edwaldo **Tavares Borba**³⁸. Por isso mesmo, a sociedade, uma vez constituída, pode exigir dos sócios o pagamento das importâncias devidas nos prazos convencionados, ou antecipadamente em caso de falência, a fim de preservar a integridade e realidade do capital.

Se nem a legislação falimentar, nem o Decreto nº 3.708 condicionam a execução da sentença condenatória da ação de integralização à conclusão da realização do ativo da massa falida, sustentar tal vinculação é, *data venia*, desnaturar o instituto da subscrição e da responsabilidade subsidiária, em verdadeira erronia. De fato, o que se deseja do sócio é que ele cumpra o compromisso assumido quando de seu ingresso na sociedade, e, mesmo assim, esta obrigação cessa com a integralização do capital.

6. Em determinados casos, os sócios quotistas (todos ou alguns) podem responder com seus bens pessoais, **sem subsidiariedade**, independentemente da realização do capital ou da decretação da falência. O próprio Decreto nº 3.708 prevê situações onde tal fato ocorre, a saber:

- pelas obrigações contraídas sem a utilização da palavra “limitada”, ao final da firma ou da denominação, responderão solidária e ilimitadamente os sócios-gerentes e os que fizerem uso da firma (art. 3º, § 2º);

- pelos lucros provenientes da atividade social (“dividendos”) e valores recebidos, pelas quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizadas pelo contrato, uma vez verificado que tais lucros, valores ou quantias foram distribuídos em prejuízo do capital realizado (art. 9º, 2ª alínea);³⁹

- pelos atos praticados com excesso de mandato, violação do contrato ou da lei, os sócios-gerentes⁴⁰ ou por aqueles que emprestarem seu

³⁷. MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. Vol. 1, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 514.

³⁸. BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 4º ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 157.

³⁹. Neste dispositivo verifica-se plenamente a intenção do legislador em preservar o capital da sociedade, mantendo sua integridade ou intangibilidade, inclusive obrigando os sócios solidária e ilimitadamente, sem subsidiariedade, a devolver tais quantias ao patrimônio social. Mais uma vez, verifica-se que são CRÉDITOS em favor da sociedade.

⁴⁰. Não se trata, fique bem claro, de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, uma vez que esta não é um empecilho à reparação dos prejuízos decorrentes do ato abusivo ou ilícito do sócio-gerente. A lei permite que o gerente responda pessoal e ilimitadamente pelos seus atos; destarte, desnecessária, a princípio, a aplicação pelo juiz da *disregard doctrine*.

patronímico à firma social responderão solidária e ilimitadamente perante a sociedade (art.10);⁴¹

· pelas deliberações sociais, quando infringentes do contrato social ou da lei, ficando responsáveis ilimitadamente perante a sociedade, os demais sócios e terceiros, aqueles que expressamente as hajam ajustado (art. 16).

O Código Tributário Nacional (art. 135, III) considera como responsáveis pelo pagamento de tributos devidos pelas pessoas jurídicas de direito privado os seus diretores, gerentes e representantes - dentre as quais está incluída, obviamente, a sociedade por quotas, quando cometerem atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Insta sublinhar que nessa e nas hipóteses previstas no Decreto nº 3.708, não serão atingidos em seus bens pessoais todos os sócios, mas apenas os que receberam quantias em prejuízo ao capital realizado, ajustaram deliberações contra a lei ou o teor do contrato, ou praticaram atos nas condições do art.135 do CTN. Também não deve ser utilizada a *disregard doctrine*, uma vez que a lei tributária considera os sócios-gerentes e a sociedade como responsáveis pelo cumprimento da obrigação.

A jurisprudência brasileira reconhece a inteligência da norma tributária em exame, como é possível verificar nas seguintes decisões:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. Citação. Penhora e leilão dos bens da sociedade por quotas de responsabilidade. Cessadas as atividades da sociedade. Citação dos sócios para o pagamento da dívida remanescente. Responsabilidade, substituição e solidariedade tributária. Prescrição. Interrupção. CTN, artigos 125, III, 134, I a VII, 135, III e 174; CPC, art. 219, § 2º.

1. Em regra, o sujeito passivo da obrigação tributária principal é o contribuinte, no caso de impossibilidade, podendo responder solidariamente outros responsáveis. Pessoas expressamente

⁴¹. Parte da doutrina brasileira exclui de aplicação no Brasil a teoria *ultra vires societatis*, tal qual foi concebida pelo direito inglês, afastando a responsabilidade da sociedade pelos atos estranhos ao objeto social, e impondo-a exclusiva e pessoalmente ao responsável pelo abuso. A justificativa para tal conclusão tem sido o teor do art. 10 do Decreto nº 3.708, uma vez que os atos praticados pelo sócio-gerente, com violação do contrato, obrigam-no **perante** a sociedade e terceiros de boa-fé, admitindo a lei a ação regressiva contra o sócio-gerente. Em sentido contrário, entre outros, Rubens Requião (*op. cit.*, vol. 2, parágrafo 416).

designadas por lei podem ser qualificadas como substitutas tributárias (ou substitutiva), afastando a responsabilidade solidária ou supletiva (arts. 134 e 135, CTN).

2. A interrupção da prescrição contra o contribuinte opera também contra o responsável subsidiário ou por substituição.

3. No caso, porém, assinaladas as hipóteses do dies a quo, exalta-se a ocorrência da prescrição (art. 174, CTN).

4. Recurso improvido.”

(STJ – 1ª turma - REsp nº 76667/SP - rel. Min. Milton Luiz Pereira - j. em 02/09/1996- unânime, in Diário da Justiça de 07/10/96, p. 37592)

“TRIBUTÁRIO. SOCIEDADE ANÔNIMA E/OU SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. Limites da responsabilidade do diretor e/ou do sócio-gerente.

Quem está obrigada a recolher os tributos devidos pela empresa é a pessoa jurídica, e, não obstante ela atue por intermédio de seu órgão, o diretor ou o sócio-gerente, a obrigação tributária é daquela, e não destes. Sempre, portanto, que a empresa deixa de recolher o tributo na data do respectivo vencimento, a impontualidade ou a inadimplência é da pessoa jurídica, não do diretor ou do sócio-gerente, que só respondem, e excepcionalmente, pelo débito, se resultar de atos praticados com excesso de mandato ou infração à lei, contrato social ou estatutos, exatamente nos termos do que dispõe o artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional. Recurso especial conhecido, mas improvido.”

(STJ- 2ª turma- REsp nº 100739/SP - rel. Min. Ari Pargendler - j. em 19/11/1998- unânime, in Diário da Justiça de 01/02/1999, p.138)

“EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA DISSOLVIDA REGULARMENTE. Acolhida a preliminar de prescrição do direito de ação da Fazenda. Impossibilidade e nulidade da penhora em bens dos sócios, que jamais exerceram a gerência da empresa. Consolidado o débito fiscal em 1978, os embargantes somente foram citados em 1986, mais de 05 (cinco) anos decorridos. A interrupção da prescrição não atinge os sócios ora recorrentes. Por serem de ordem pública os institutos da prescrição e da decadência, é viável a apreciação do

tema no âmbito do recurso especial. Precedentes nos REsps. 4033, 4034, 4487 e 4448. Inaplicável, in casu, o verbete da Súmula nº 78 do extinto TFR. Recurso conhecido e provido.”

(STJ – 2ª turma - REsp 4034/SP - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro - j. em 07/11/1990 –maioria, *in* Revista de Jurisprudência do STJ, nº 17, p.457)

Em matéria previdenciária, vigora norma especial que considera todos os sócios da sociedade por quotas, independentemente de sua qualidade e dos atos praticados, como solidária e ilimitadamente responsáveis pelas dívidas com a Seguridade Social, conforme determina o art.13, *caput*, da Lei nº 8.620/93, *in verbis*:

*“O titular da firma individual e os sócios da empresa por quotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.”*⁴²

Em relação aos débitos trabalhistas, existem alguns julgados defendendo, há algum tempo, uma aplicação mais ampla da responsabilidade dos sócios quotistas, que não ficaria adstrita aos sócios-gerentes, como prevê o Código Tributário Nacional. Originariamente, com fulcro no art. 889 da Consolidação das Leis do Trabalho, combinado com o art. 4º, V, da Lei nº 6.830/80 - lei de executivos fiscais, a execução trabalhista recaía apenas sobre o patrimônio pessoal dos sócios-gerentes, na impossibilidade do crédito ser honrado pela pessoa jurídica. No entanto, como demonstram as decisões abaixo, os juízes do trabalho consideraram, partindo da premissa de que os sócios não-gerentes têm responsabilidade fundada na culpa *in vigilando*, todos quotistas como obrigados a satisfazer, subsidiariamente, as dívidas trabalhistas da sociedade, tenham ou não participação efetiva na gestão, sejam ou não majoritários no capital.

⁴². Não merece aplauso o uso da expressão “empresa por quotas de responsabilidade limitada” pelo legislador. Tecnicamente, os termos “empresa” e “sociedade” não são sinônimos, sendo a empresa considerada objeto de direito e a sociedade sujeito de direito. Melhor seria se a lei tivesse adotado o *nomen juris* oficial: “sociedade por quotas de responsabilidade limitada”. Para uma melhor compreensão da distinção, vide Rubens Requião, *op. cit.*, vol.1, p. 60.

“EXECUÇÃO. SÓCIO. RESPONSABILIDADE. No âmbito do Direito do Trabalho, em face do princípio da despersonalização do empregador, fica o sócio obrigado a indicar bens livres e desembaraçados da sociedade, na forma do parágrafo 1º do art. 596 do CPC, sob pena de serem executados seus bens pessoais. A legitimidade da penhora efetuada sobre os bens do sócio – e, em particular, do sócio-gerente, encontra igualmente respaldo nas disposições do Decreto 3.708/19, que regula as sociedades por quotas de responsabilidade limitada. O art.10 desse diploma legal estabelece que os sócios-gerentes respondem para com terceiros ilimitadamente, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação da lei ou do contrato, inserindo-se nessa hipótese, indiscutivelmente, a infringência dos preceitos da legislação trabalhista.”

(T.R.T./2ª Região – São Paulo/Capital – 8ª Turma. Acórdão nº 02990231727. Processo nº 02990103770 - relator: Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva - j. em 10/05/99)⁴³

“EXECUÇÃO – BENS DE SÓCIO. EM SEARA TRABALHISTA. A execução invade o patrimônio particular do sócio quando não encontrados bens da empresa executada, ante a aplicação do princípio da não imputação dos riscos do empreendimento ao empregado.”

(T.R.T./2ª Região – São Paulo/Capital – 4ª Turma. Acórdão nº 02990087219. Processo nº 02980465245 - relator: Juiz Afonso Arthur Neves Baptista - j. em 09/03/99)⁴⁴

“SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. BENS DO SÓCIO. PENHORABILIDADE. A regra geral é a de que os bens da sociedade não se confundem com aqueles dos sócios (societas distat ad singulis). Todavia, não dispondo a sociedade de meios próprios para liquidar o débito trabalhista, ou se possui bens ocultos para frustrar a execução forçada, respondem os bens

⁴³. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO [on line], São Paulo, SP, 18 jul.1999. Disponível em: <http://www.trt02.gov.br/menu.htm> . Jurisprudência por assunto – título: EXECUÇÃO; subtítulos: bens do sócio [visitado em 18 jul. 1999].

⁴⁴. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO [on line], *idem*.

dos sócios quotistas pelos encargos sociais, exatamente porque o patrimônio da pessoa jurídica volatiliza-se e porque houve sua absorção pelos sócios [...].”

(T.R.T./3ª Região – Minas Gerais – 4ª Turma. Agravo de petição nº 2340/95 - relator: Juiz Julio Bernardo do Carmo - j. em 11/11/95)⁴⁵

A sociedade por quotas constitui um valioso instrumento na promoção do desenvolvimento econômico do Brasil. Sua simplicidade de constituição e funcionamento, aliada à responsabilidade limitada dos sócios, dentro dos parâmetros legais, está perfeitamente inserida nos princípios constitucionais balizadores da atividade econômica, em especial na valorização do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Os dados oficiais (nota 3), indiretamente, são reveladores de que a maioria dos empregos, no setor privado, encontram-se em sociedade por quotas. Malgrado a vetustez do diploma legal regulador dessa sociedade, tem ela presença constante no cotidiano dos empresários, estudiosos do Direito e consumidores, recomendando-se uma atenção sempre renovada aos temas decorrentes das relações entre os sócios, destes com a sociedade e desta com terceiros. ♦

⁴⁵. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO [on line], Belo Horizonte, MG, 18 jul.1999. Disponível em: <http://mg.trt.gov.br> - Legislação e Jurisprudência. Jurisprudência (pesquisa): sociedade por quotas de responsabilidade limitada [visitado em 18 jul. 1999].

Julgamento do recurso ex art. 105, III, a, da Constituição da República: sinais de uma evolução auspiciosa*

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Professor da Faculdade de Direito da UERJ

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Presidente do

Instituto Ibero-americano de Direito Processual

1. É bem conhecida a questão atinente ao julgamento do recurso especial interposto com invocação do art. 105, nº III, *a*, da Constituição da República. O texto da Carta autoriza a impugnação por essa via “quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”. Encontra paralelo a disposição na do art. 102, nº III, *a*, atinente ao recurso extraordinário, em relação ao qual são estes os dizeres: “quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição”. De resto, notoriamente, sob os regimes constitucionais anteriores a 1988, todas as hipóteses diziam respeito ao extraordinário, e o problema de que (mais uma vez) nos ocupamos punha-se nos termos adequados à sistemática então em vigor. Feita abstração da competência para o julgamento, agora bipartida, os dados não mudaram, e toda a discussão pode formular-se indiferentemente para ambos os recursos.

A fim de tornar mais cômoda a exposição, de preferência vamos referir-nos expressamente, em princípio, ao caso de *contrariedade* da decisão a lei federal. É claro, porém, que o que expusermos valerá, *mutatis mutandis*, para os outros casos previstos na Constituição, inclusive para o recurso extraordinário *ex art. 102, III, a*.

Dito isso, é possível enunciar como se segue a questão controvertida. Supondo-se que o Superior Tribunal de Justiça chegue à conclusão de que o acórdão impugnado pelo recorrente não contém o alegado erro, isto é, não contrariou a lei mencionada, que decisão deve proferir? A prática por longo tempo reinante vem consistindo em proclamar que *não se conhece*

* Trabalho destinado ao volume comemorativo do 10º aniversário do Superior Tribunal de Justiça.

do recurso especial¹ - e o mesmo ocorre, desde a vigência das precedentes Constituições, no Supremo Tribunal Federal, quanto à hipótese análoga do recurso extraordinário. De há muito, contudo, essa maneira de julgar é objeto de críticas doutrinárias,² e no próprio seio da Corte Suprema algumas vozes muito prestigiosas dela discreparam, para afirmar que a solução correta, aí, é *conhecer do recurso e negar-lhe provimento*.³

2. Recapitulemos, em síntese, os argumentos com que se tem criticado a prática dominante⁴. Em perspectiva técnica, observa-se que:

a) o modo costumeiro de decidir elimina a distinção, inerente ao julgamento de quaisquer recursos, entre o juízo de admissibilidade - concernente aos requisitos que o recurso há de satisfazer para que o órgão *ad quem* possa apreciar o conteúdo da impugnação -, e o juízo de mérito - no qual, depois de reconhecida a admissibilidade, o órgão *ad quem* passa a verificar se a impugnação é fundada, se a decisão na verdade padece do vício apontado, numa palavra: se o recorrente tem razão;

b) de acordo com a técnica tradicionalmente empregada, no recurso especial *ex art. 105, III, a*, o resultado do julgamento oscila entre estas duas únicas possibilidades: ou o Tribunal entende que a impugnação tem fundamento, e nesse caso *provê* o recurso, ou entende que não o tem, e nesse caso *não conhece* do recurso. Ora, o esquema assim armado atenta contra a lógica: em primeiro lugar, “não conhecer” de forma alguma é o contrário de “prover”, mas apenas o contrário de “conhecer”; e o contrário de “prover”

¹ V.g., 9.5.1996, Emb. de decl. no Rec. Esp. nº 23.999, *in D.J.* de 3.6.1996, pág. 19.232.

² Aqui nos cingiremos a recordar os ensinamentos de PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), Rio de Janeiro, t. VI, 3ª ed. (atualizada por Sergio Bermudes), 1998, págs. 172/3, e t. VIII, 1ª ed., 1975, págs. 173, 197; *Tratado da ação rescisória*, 5ª ed., 1976, Rio de Janeiro, pág. 154. Outras referências bibliográficas *in* BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 7ª ed., Rio de Janeiro, 1998, pág. 596, nota 68.

³ Assim, por exemplo, EDMUNDO LINS, de quem vale a pena ler o excelente voto vencido no julgamento dos Emb. no Rec. Extr. nº 1.337, de 21.9.1921, *in Rev. do STF*, vol. 38, págs. 74/6 (cf., antes, o voto no julgamento dos Emb. no Rec. Extr. nº 1.328, de 13.10.1920, *ibid.*, vol. 27, pág. 76); e PHILADELPHO AZEVEDO, conforme se vê pelos votos na Ação Resc. nº 28, *in Um triênio de judicatura*, vol. V, S. Paulo, s.d., pág. 116, e no Rec. Extr. nº 9.181, *in Arq. Jud.*, vol. 78, pág. 299.

⁴ Cuidamos, em mais de uma ocasião, de expô-los cumpridamente: *vide* nossos artigos *Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial*, no vol. coletivo *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, ed. por Sálvio de Figueiredo Teixeira, S. Paulo, 1991, págs. 163 e segs., ou *in Temas de Direito Processual*, 5ª Série, S. Paulo, 1994, págs. 131 e segs.; e *Que significa “não conhecer” de um recurso?*, *in Temas de Direito Processual*, 6ª Série, S. Paulo, 1997, págs. 125 e segs. Cf., em termos mais sucintos, nossos *Coment. ao C.P.C.* cit. (nota 2), págs. 570, 595/7, 600.

é “desprover”, jamais “não conhecer” - tudo de acordo com terminologia consagrada e profundamente enraizada na linguagem jurídica brasileira;

d) nos casos em que um tribunal *não conhece* de determinado recurso, na acepção própria da expressão, forçosamente fica por examinar parte da matéria suscitada pelo recorrente (o mérito do recurso), ao passo que, quando se utiliza a fórmula do “não conhecimento” para negar que a decisão impugnada mereça censura, na realidade já se examinou tudo que comportava exame: nada sobrou - o que suscita a pergunta irrespondível: que é, então, que se passaria ainda a examinar, se do recurso se conhecesse?

e) durante o julgamento, se há, no colegiado, quem conclua que o recorrente tem razão e quem conclua que ele não a tem, a prática tradicional dá ensejo a que se profiram, na mesma etapa, com referência ao mesmo *thema decidendum*, votos no sentido do *provimento* e votos no sentido do *não conhecimento* do recurso - o que a rigor deveria configurar este absurdo: um ou alguns dos votantes estão a pronunciar-se sobre preliminar, enquanto outro ou outros já se pronunciam sobre o mérito, com estridente infração dos arts. 560 e 561 do Código de Processo Civil;

f) na hipótese em foco, sempre conforme a técnica usual, o Tribunal nunca dirá que conhece do recurso e lhe nega provimento - possibilidade que em qualquer outro caso se lhe abre, e parece estranho que se exclua aqui *a priori*.

3. A tais argumentos de índole técnica juntam-se outros, extraídos das conseqüências a que necessariamente leva a aplicação do método habitual. Um deles diz respeito ao recurso especial (ou extraordinário) adesivo. Na conformidade do art. 500, nº III, do diploma de 1973, esse recurso “não será conhecido, se houver desistência do recurso principal, *ou se for ele declarado inadmissível* ou deserto”. Pois bem: se o Tribunal declara que “não conhece” do recurso principal, isso quer dizer (*rectius*: deveria querer dizer) que o recurso principal foi declarado inadmissível, logo não se pode conhecer do adesivo. É o que decorre, inexoravelmente, da sistemática adotada no Código - em cujo texto, ninguém duvide, cada uma das expressões com que estamos lidando foi empregada em seu autêntico significado.

Quid iuris, se o Tribunal apreciou toda a matéria suscitada no recurso principal e apurou que não existia o suposto erro, que o recorrente não fazia jus a ser atendido, mas conclui por declarar que “não conhece” daquele recurso? Uma de duas: ou o Tribunal guarda fidelidade à fórmula empregada, e está impedido de conhecer do adesivo; ou então, para deste conhecer, precisa

o Tribunal admitir que, ao “não conhecer” do recurso principal, nem por isso o declarou inadmissível: o que na verdade fez foi declará-lo infundado. Mas não há saída airosa em nenhuma das pontas do dilema. Realmente: se o Tribunal não conhece aí do recurso adesivo, viola a lei, manifesto como é que a situação não se enquadra na moldura do art. 500, nº III, do Código, e lesa direito do recorrente adesivo; se o Tribunal conhece do aludido recurso, os dizeres de sua decisão sobre o principal reclamam um esclarecimento cujo artificialismo não escapará ao mais desatento observador: com efeito, que sentido terá negar conhecimento a recurso que não seja inadmissível?

Mais um problema surge: o da eventual propositura de ação rescisória do acórdão proferido sobre o recurso especial. Qual há de ser o objeto do pedido de rescisão? A que órgão competirá julgar a rescisória? A partir de quando correrá o prazo de decadência do art. 495 do estatuto processual? A solução das duas últimas questões, bem se percebe, depende da resposta que se der à primeira. Ora, a tomar-se ao pé da letra a conclusão do julgamento do Superior Tribunal de Justiça, que dissera não conhecer do recurso especial, então rescindível não será o seu acórdão, por não constituir decisão “de mérito”, consoante exige o art. 485, *caput*, do Código; rescindível será, sim, o acórdão recorrido, com os corolários inevitáveis quanto à competência e ao prazo decadencial. Acontece que, se o Superior Tribunal de Justiça, embora haja adotado a fórmula do “não conhecimento”, na verdade apreciara o conteúdo da impugnação (isto é, o mérito do recurso), o entendimento por ele consagrado vai sujeitar-se à revisão e à eventual correção... do órgão *a quo*!

Para contornar tal dificuldade, sob o regime constitucional anterior, o Supremo Tribunal Federal, a propósito do recurso extraordinário, lançou mão de um subterfúgio: assentou - e incluiu na *Súmula da Jurisprudência Predominante* (nº 249) - a tese de ser ele mesmo competente para a rescisória “quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal”. Ora, em boa técnica, a “questão federal” nada mais é que o mérito do recurso: resolvida ela, com efeito, nada mais resta que deva (ou sequer possa) ser examinado; por conseguinte, apreciá-la importa, por definição, conhecer daquele. Assim, a proposição sumulada não resiste à análise: afinal de contas, o que nela se estabelece é que o Tribunal tem competência para a rescisória sempre que, julgando embora o mérito do recurso, haja dito que não o julgava...

4. Quanto se expôs até agora basta para evidenciar que a crítica dirigida à praxe dominante não traduz simples requinte de preciosismo, nem se lhe pode atribuir a impertinência de desviar para assunto puramente formal a atenção de órgãos judicantes a braços com problemas jurídicos substanciais de alta relevância. O modo por que se julga o recurso, ficou demonstrado, repercute notavelmente no plano prático. Isso impede que se despreze com um dar de ombros, como se de mera nuga se cuidasse, a argumentação de ordem técnica.

A essa argumentação jamais se deu resposta convincente, nem no campo doutrinário, nem no jurisprudencial. Naquele, pela singela e óbvia razão de que a doutrina brasileira sempre condenou, em massa, a usual maneira de julgar, não nos constando que jurista algum se haja abalançado a defendê-la. Neste, porque ambos os órgãos - o Supremo Tribunal Federal e, com a ressalva que logo se fará, o Superior Tribunal de Justiça - seguiam simplesmente o itinerário indicado pelo costume, com escassa preocupação de refletir sobre ele, e mais ainda de tentar justificá-lo. A declaração de “não conhecer” do recurso, nas hipóteses de que estamos cogitando, era e é uma reação por assim dizer automática, em que muito pouco de consciente entrava e entra - mal comparando, algo semelhante a um piscar de olhos ou a um bocejo.

Nas poucas vezes em que se tratou, direta ou indiretamente, de sugerir alguma justificação, o esforço resultou baldado. Em certos acórdãos - que o respeito devido à excelsa fonte nos induziria, noutras circunstâncias, a procurar esquecer -, insinuou-se, à guisa de suporte para a conclusão proclamada no julgamento do recurso, a figura do “não conhecimento por motivo de mérito”...⁵ Seria perda de tempo ocuparmo-nos aqui de desmontar esse extravagante artifício.

Em termos mais apurados, buscou-se defender o jeito habitual de julgar invocando uma pretensa peculiaridade dos recursos “extraordinários” - classe em que naturalmente se incluiria o especial. Nessa classe, sustentou-se, ao contrário do que sucede alhures, não seria aplicável o critério comum de distinção entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito⁶. Tampouco

⁵ Aparece a expressão aspeada, *ipsis litteris*, no voto do Ministro Relator do Rec. Extr. nº 87.355, in *Rev. Trim. de Jur.*, vol. 95, pág. 221.

⁶ Assim se manifestou o Ministro Relator nos Emb. de Decl. no Rec. Esp. nº 45.672, julgados em 24.4.1995.

essa tentativa podia vingar: primeiro, porque está longe de ser clara e unívoca, no direito pátrio, a própria distinção entre recursos “extraordinários” e “ordinários”, à qual não há reconhecer valor científico ou prático; segundo, porque, ainda a aceitar-se a dicotomia, nenhuma base se descobre no ordenamento para legitimar o tratamento diferenciado das duas classes, pelo prisma relevante em nosso contexto.

5. A esta última afirmação poderia alguém objetar com o teor literal da Constituição da República, que outorga competência ao Superior Tribunal de Justiça para julgar o recurso especial “quando a decisão recorrida *contrariar* (...) lei federal” (art. 105, III, *a*), da mesma forma que dispõe sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar o recurso extraordinário “quando a decisão recorrida *contrariar* dispositivo desta Constituição” (art. 102, nº III, *a*). O raciocínio seria o seguinte: para que se configure, *ad litteram*, a competência do Tribunal, é preciso que a decisão impugnada contrarie *realmente* (e não apenas *supostamente*) a lei. Portanto, ao verificar a existência real da alegada contrariedade, está o Tribunal, ainda, apurando se é ou não competente para julgar o recurso. Está, pois, no plano preliminar; e, se sua conclusão é negativa (= a decisão não contrariou lei), o que ele deve fazer é recusar-se a julgar o recurso - ou seja, não conhecer deste.

Tal objeção não se mantém de pé. Pondo de lado a pouco científica identificação entre a questão da competência e a da admissibilidade do recurso, sempre caberá replicar: muito bem, o Tribunal deu-se por incompetente para julgar o recurso (não conheceu dele, segundo a fórmula inspirada na falsa assimilação das duas questões) porque apurou que a decisão não contrariara lei; mas, se assim é, brota intuitiva a pergunta: que foi que o Tribunal, por não se achar competente, *deixou de julgar*? Nada: tudo que havia para examinar no recurso foi de fato examinado, não restou parcela alguma por decidir! O que se discutia era justamente, e exclusivamente, se a decisão se compadecia com a lei. O Tribunal deu resposta completa a essa indagação, quando reconheceu a compatibilidade; não o inibiu a idéia de que, inexistindo contrariedade à lei, lhe faltava competência... Destarte, reduz-se a puro sofisma negar que o Tribunal tenha julgado o recurso. Julgou-o, sim - e *de meritis* -, diga o que disser o acórdão.

De resto, o raciocínio acima descrito e refutado só o foi por amor à argumentação. Não é nele que se tem fundado a prática tradicional no julgamento do recurso interposto pela letra *a* do dispositivo constitucional.

Prova-o à saciedade a circunstância de que essa prática remonta ao tempo da primeira Carta republicana. Com efeito: ao contemplar recurso para o Supremo Tribunal Federal, o art. 59, § 1º, da Constituição de 1891 assim definia a hipótese que aqui interessa: “quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela”. A diferença é gritante: o texto de então não pressupunha erro algum na decisão recorrida, que podia perfeitamente ser correta *apesar de* haver concluído contra a validade ou a aplicação de lei federal - por exemplo, por entendê-la inconstitucional.

6. O confronto entre a fórmula do atual art. 105, nº III, *a*, e a do supracitado dispositivo fornece-nos a deixa para uma consideração importante. À semelhança do art. 59, § 1º, da Carta de 1891, as outras disposições do próprio art. 105, nº III, da vigente Constituição, têm estrutura nitidamente distinta da adotada na letra *a*. Tanto na letra *b* quanto na letra *c*, o “tipo” descrito é *axiologicamente neutro*: a decisão que “julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal” (letra *b*) não será, só por isso, incorreta; e o mesmo se dirá da decisão que “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”. Sem dificuldade se percebe que, ao insurgir-se contra decisão com esta ou aquela característica, pode suceder que o recorrente tenha razão (se a lei ou o ato do governo local devia ter-se por inválido à luz da lei federal, ou se, além de discrepante da esposada por outro tribunal, era errônea a interpretação dada à lei federal), mas igualmente pode suceder que não tenha razão o recorrente (se a lei ou o ato local não padecia do alegado vício, ou se errônea era a diferente interpretação adotada pelo outro tribunal).

Daí ser mais fácil, para o tribunal, acomodar à boa técnica sua atividade, no julgamento de recursos interpostos pelas letras *b* e *c*. Ao que se saiba, nunca surgiu aí problema algum, no tocante à individualização dos dois juízos, o de admissibilidade e o de mérito. A ninguém ocorreria supor que o Tribunal, todas as vezes que conhece do recurso, deva necessariamente provê-lo, isto é, que fique preexcluída, como inconcebível, decisão de conhecimento e desprovimento.

A essa luz, melhor ressalta a inconsistência do argumento ligado à classificação dos recursos em “ordinários” e “extraordinários” (*supra*, nº 4). Fosse exato que, em cada uma dessas duas classes, se houvesse de pôr e resolver em termos desiguais a questão da admissibilidade e do mérito, a conse-qüência seria, para dizer o menos, esquisitíssima: os recursos especiais

interpostos pela letra *a*, a terem realmente a peculiaridade que se lhes atribui, mereceriam a qualificação de “extraordinários”; não assim, todavia, os recursos especiais interpostos pelas letras *b* e *c*: esses, sujeitando-se como quaisquer outros à distinção comum, teriam de ser relegados à casta dos “ordinários”. E mais: idêntica separação seria de rigor com referência ao art. 102, nº III: de um lado, os recursos interpostos pela letra *a*, de outro os interpostos pelas letras *b* e *c* - sujeitos estes e subtraídos aqueles à normal diferenciação entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito, em operações sucessivas e inconfundíveis. Conseqüência: dentre os recursos previstos no art. 102, nº III, da Constituição, teríamos de considerar “ordinários” os interpostos pelas letras *b* e *c*, e “extraordinários” os interpostos pela letra *a*. Visto que a todos se refere a Carta com a expressão “mediante recurso extraordinário” (art. 102, nº III, *caput*), inevitável - conquanto esdrúxula - seria a conclusão de que os recursos extraordinários se subdividem em... ordinários e extraordinários!

Não é difícil escapar a tão desconcertante beco sem saída. Basta considerar que o texto do art. 105, nº III, *a*, foi redigido com técnica deficiente. Onde se diz “quando a decisão recorrida contrariar...”, leia-se: “quando a decisão recorrida for acoimada de contrariar...” - e tudo se resolverá. Já não terá o Tribunal por que emaranhar-se nas teias artificialmente elaboradas para enfrentar um pseudo-problema⁷. Dêem-se aos bois os nomes adequados, e a paisagem de imediato se aclara. Recurso especial em que se alegue violação de lei federal - presentes todos os outros requisitos de admissibilidade - é recurso de que se conhece, e ao qual, depois, se dá ou se nega provimento, conforme se verifique, respectivamente, que a lei foi ou não foi violada.

7. Pois bem. Julgamentos recentes parecem revelar que o Superior Tribunal de Justiça está começando a persuadir-se de que esse é o verdadeiro caminho. Vamos apontar aqui cinco acórdãos, um de 1997 e quatro de 1998, nos quais o recurso especial fora interposto com invocação do art. 105, nº III, *a*, indicando o recorrente disposições supostamente violadas de leis federais, e o Tribunal, conhecendo dos recursos, com expressa refe-

⁷ Mostrou haver percebido o ponto com toda a clareza um autor estrangeiro, comentando o art. 101, nº III, *a*, da Constituição de 1946: “How is it possible to determine, before the judgment of the Supreme Court is rendered, whether the decision appealed from was “contrary” to the federal law or not? The constitutional provision should be understood as saying: “When the decision is alledgedly contrary” (WAGNER, *The Federal States and Their Judiciary*, T’Gravenhage, 1959, pág. 324, nota 2).

rência à letra *a*, todavia lhes negou provimento, por haver-se convencido da inexistência das alegadas violações. Dois desses recursos estão publicados na *Rev. do STJ*, nº 102, pág. 127, e nº 111, pág. 57; dos outros, não chegamos a apurar publicação em revista ou repertório de jurisprudência, mas tivemos conhecimento dos respectivos textos por nímia gentileza do Ministro JOSÉ DELGADO, que deles nos remeteu cópias, e a quem consignamos aqui nosso mais profundo agradecimento.

Começamos pelos acórdãos de cuja publicação temos notícia. O mais antigo é o do Recurso Especial nº 140.158, de que foi relator o Ministro Milton Luiz Pereira. Discutia-se matéria relativa à prescrição em favor da Fazenda Pública; e o Estado de Santa Catarina, ao recorrer, com base no art. 105, nº III, *a*, alegara violação do art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932. Lê-se no voto do relator: “Presentes os requisitos de admissibilidade impõe-se o conhecimento do recurso” (pág. 130). Segue-se o exame da questão federal controvertida; e, por entender que não se consubstanciara a suposta violação, assim conclui o Ministro: “... desfigurada contrariedade ou negativa de vigência ao art. 1º, Dec. Federal 20.910/32, voto improvando o recurso” (pág. 133). O voto foi acompanhado unanimemente pelos outros membros do colégio judicante.

A outra decisão que vimos publicada é a do Recurso Especial nº 115.063, julgado em 17.4.1998⁸. Era recorrente a Fazenda Nacional, segundo a qual o acórdão impugnado ofendera vários dispositivos da Lei nº 4.595, de 1964, do Código Tributário Nacional e do Dec.-Lei nº 1.718, de 1979, ao negar a possibilidade de quebra de sigilo bancário em procedimento administrativo. Por unanimidade, de acordo com o voto do relator, Ministro Garcia Vieira, proclamou a Turma que só ao Poder Judiciário é lícito autorizar as instituições financeiras a quebrar o sigilo a que estão obrigadas em relação a bens, negócios e atividades de terceiros. Destarte, não havia erro no acórdão impugnado, isto é, não assistia razão à recorrente. O recurso merecia conhecimento, porque alegada a transgressão de leis federais, mas não devia ser provido, porque na verdade a transgressão não ocorrera. Daí haver dito - e muito bem - o relator, acompanhado sem discrepância: “Conheço do recurso pela letra *a*” (pág. 58); e, depois: “Nego provimento ao recurso” (pág. 59).

⁸ Ao eminente processualista e caro amigo MONIZ DE ARAGÃO devemos o ter chamado nossa atenção para esse julgado.

Outro acórdão expressivo é o do Recurso Especial nº 120.668, igualmente relatado pelo Ministro Milton Luiz Pereira e julgado em 10.2.1998. No dizer do Município de S.Paulo, recorrente, o acórdão recorrido contrariara o art. 27 do Código de Processo Civil e os arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320, de 1964, havendo o vice-presidente do tribunal *a quo* admitido o recurso unicamente quanto à alegada violação do primeiro dispositivo citado. A questão de direito controvertida era, pois, a seguinte: podia o Município ser compelido ao adiantamento de verba destinada ao pagamento do salário de perito? O relator, desde logo, e com todo o acerto, deixou claro que não era possível deixar de conhecer do recurso: “Presentes os requisitos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido (art. 105, III, *a*, C.F.), conforme o *facies* sintetizado no primeiro juízo de verificação”. Adiante, após longo exame da *quaestio iuris*, reconheceu a juridicidade da decisão que sujeitara o Município ao pagamento adiantado, ou seja, a sem-razão do recorrente, e concluiu: “voto improvendo o recurso” - no que o seguiram os demais votantes.

Em 5.5.1998, julgou o Tribunal o Recurso Especial nº 165.946, de que foi relator o Ministro José Delgado. Cuidava-se de saber se a gratificação natalina se incorpora ao salário de contribuição para efeitos previdenciários, de modo que a empresa se sujeita à decorrente obrigação tributária. Entendia que não a recorrente, Braslo Produtos de Carne Ltda., e censurava ao acórdão recorrido o ter violado dispositivos do Código Tributário Nacional. O relator votou pelo conhecimento do recurso e, repelindo a tese da recorrente, negou provimento àquele. Tal foi o pronunciamento unânime da Turma.

Enfim, no julgamento do Recurso Especial nº 179.541 - também este relatado pelo Ministro Garcia Vieira -, em 15.9.1998, foram objeto de análise diferentes questões jurídicas, todas resolvidas em sentido contrário ao sustentado pela recorrente, a Caixa Econômica Federal. Conhecido o recurso pelas letras a e c do dispositivo constitucional, veio o Tribunal a desprovê-lo, por unanimidade, sempre nos termos do voto do Relator.

8. É cedo para assegurar que os exemplos trazidos à colação marquem na realidade um *turning point* na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Práticas longamente observadas costumam eternizar-se por força da inércia, ainda quando patente a carência de fundamento. Simplesmente não se pensa muito no assunto, e a marcha das coisas prossegue inalterada, obediente ao impulso inicial. Mas no Superior Tribunal Federal têm assento juristas exímios, inclusive especialistas em direito processual, cuja atenção cedo ou tarde será despertada para o problema em foco; e, desde que nele

atentem, com certeza não deixarão de sensibilizar-se.

As decisões acima arroladas sinalizam o rumo correto. É de esperar que outras o sigam, e que a boa técnica prevaleça em definitivo. Seria, ao nosso ver, magnífica forma de comemorar o décimo aniversário do Tribunal. Honrar-se-á ele sobremaneira se se dispuser a retificar o itinerário até há pouco habitualmente trilhado. Em absoluto não diminui uma Corte de Justiça reconhecer que laborava em erro e decidir-se a corrigi-lo; o que pode diminuí-la é nele perseverar. Não receemos o lugar-comum: *Errare humanum est, perseverare autem diabolicum...*◆

O Processo Civil no Terceiro Milênio *

SERGIO BERMUDEZ

Professor de Direito Processual da PUC-RJ. Advogado

Enfrento o desafio do tema proposto - o processo civil no terceiro milênio - com o receio ditado pela experiência, que vê malograrem os vaticínios, especialmente os de longo, de longuíssimo prazo, como no caso concreto, onde se pretende que o palestrante se ponha a conjecturar sobre o processo civil no milênio que se avista. Não datasse o advento científico do processo civil de menos de século e meio, pois, segundo opinião geral, ele remonta à publicação do livro de Bülow, em 1868; existisse o processo civil como ciência, sistematizado em normas reveladoras das suas leis e princípios, já no fim dos primeiros mil anos da civilização cristã, imagino quão ingênuas, ou disparatadas soariam, hoje, as previsões que, no ano de 999, há mil anos portanto, um processualista pudesse haver feito acerca do processo civil neste segundo milênio, que agora se encerra sob o signo da frustração, mas também da esperança, justificada pela constante elevação do homem, cada dia mais aliviado do peso das suas misérias. Se as notícias de que, em Kosovo, se mataram, ainda agora, quase 15.000 pessoas em cerca de 80 dias de guerra, desconcertam, perturbam, horrorizam, a observação serena e detida de tudo o quanto de útil e de belo se tem feito permite vislumbrar, no milênio vindouro, tudo o quanto se poderia condensar na expressão “um mundo melhor”, escrupulosamente evitada pelos estilistas, temerosos do chavão em que ela se converteu, mas olvidados de que, antes de ser, por força da repetição, um lugar-comum, ela exprime a busca do homem pela realização dos seus sonhos.

A prudência, então, me faz entrar cauteloso no escuro terreno das profecias acerca do processo no milênio próximo, compreendendo embora que se indague acerca dos destinos da processualística, como farão, brevemente, em Viena, os integrantes da Associação Internacional de Direito Processual. Ali nos debruçaremos em torno do tema geral - o processo civil no limiar do terceiro milênio - empenhados na análise crítica do que foi o

* Palestra proferida na AMAERJ, em 14.06.99.

processo até agora, para deixar uma contribuição aos que, depois de nós, tiverem de aperfeiçoar esse instrumento de paz; aquela paz que, na sentença de Cernelutti e no lema do glorioso pontificado de Pio XII, aparece como conseqüência da justiça, que o processo judicial realiza, nas suas diferentes maneiras de atuar.

A **efetividade do processo** será, no milênio próximo, e magna preocupação da processualística, tanto quanto tem sido no fim deste milênio, quando se despertou para a realidade de que o processo não se exaure em si mesmo, constituindo um instrumento da jurisdição, tanto mais apto quanto assegure com perfeição e presteza a administração da justiça.

Na famosa carta de Fradique Mendes a Madame S., na qual desfia argumentos sobre a inutilidade de se pronunciarem perfeitamente os idiomas estrangeiros, conclamando-nos a falar “nobremente mal, patrioticamente mal, as línguas dos outros”, Eça de Queiroz, dizendo que as línguas “são apenas instrumentos do saber - como instrumentos de lavoura”, estranha o lavrador, “que, em vez de se contentar, para cavar a terra, com um ferro simples encabado num pau simples, se aplicasse, durante os meses em que a horta tem de ser trabalhada, a embutir emblemas no ferro e esculpir flores e folhagens ao cumprimento do pau. Com um hortelão assim, tão miudamente ocupado em alindar e requintar a enxada” - indaga o missivista à destinatária - “como estariam agora, minha senhora, os seus pomares da Touraine?”.

Nada de alindar e requintar o processo, como, tantas vezes, inconscientemente, nós todos fazemos, convertendo-o num matagal expresso onde nos perdemos e se perdem preciosas oportunidades para torná-lo efetivo, o que significa tirar dele, em termos práticos, o melhor rendimento possível. Afinal, já etimologicamente **efetivar** significa executar, sendo a efetivação, como está nos léxicos, “uma atividade real; um resultado verdadeiro”.

O próximo milênio despojará o processo judicial de todas as formalidades desnecessárias, reduzindo-o à observância daquelas que se fizerem indispensáveis a garantir a defesa das pretensões em jogo e a assegurar a justiça das decisões, a fim de que possam ter adequada eficácia, relativamente às partes e aos terceiros que, de algum modo e inevitavelmente, quedem envolvidos pela coisa julgada.

Merecidamente aplaudido, o art. 244 do Código de Processo Civil dispõe que, “quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”. Num enunciado sintético e elegante, esse artigo

de lei despoja o processo das formalidades inúteis, como vem acontecendo e acontecerá sempre, até que ele se restrinja aos autos necessários a que:

a) as partes defendam amplamente as suas pretensões, por meio da ação e da exceção;

b) os terceiros intervenientes, espontâneos ou coactos, igualmente exerçam o direito de pedir a tutela dos seus interesses;

c) o juiz se instrua a fim de aplicar a lei à situação concreta, para, conforme o caso, ditar a providência de composição da lide, ou de administração de interesses sociais relevantes; praticar atos que assegurem o resultado final da jurisdição; realizar, em termos efetivos, o quanto houver decidido, convertendo o preceito jurisdicional em atividade das partes no grupo, assim transformada a sentença de fato jurídico em fato social.

Ao longo do IX Congresso da AIDP, em Coimbra, Victor Fairén-Guillem sugeria aos dirigentes da mais alta entidade do direito processual que o congresso seguinte se reunisse sob o tema geral **atos processuais**. “Actos procesales”, repetia o velho processualista espanhol, aos colegas que o ouviam com um sorriso algo desdenhoso: por que haveriam os processualistas do mundo inteiro de consumir todo um congresso para discutir atos processuais? Indaguei, então, a alguns dos congressistas de que se constitui o processo, senão de atos, que se vão sucedendo, em consonância com a lei, para tornar possível a atividade jurisdicional do Estado? Se assim é, vale um, valem vários congressos para se discutirem os atos processuais, na sua produção e na sua repercussão.

No tocante aos atos processuais, a que o CPC consagra 107 artigos, do 154 ao 261, 17 se voltam, especificamente, à forma dos atos processuais: arts. 154 até 171. Enquanto o primeiro deles, o art. 154, tem norma gêmea da do art. 244, os demais se ocupam do modo como se deverão de praticar os atos do processo, demorando-se o código em minúcias como a determinação de que se use o vernáculo (art. 256); de que sejam acompanhados da tradução juramentada os documentos de língua estrangeira (art. 157); de que se rubriquem e numerem as folhas dos autos (art. 167) e se datem os termos processuais (art. 168), datilografados ou escritos, sem abreviaturas, com tinta escura e indelével, como minudentemente dispõem o art. 169 e o seu parágrafo único, nada de espaços em branco, sem inutilização, nem de entrelinhas, emendas ou rasuras, a não ser expressamente ressalvadas, conforme o art. 171.

Acompanhando os tempos, o art. 170 já permite a taquigrafia, a estenografia, ou o uso de outro método idôneo, abrangendo essa última expressão, posta também no art. 417, qualquer outro meio de documentação dos atos processuais, resistente ao tempo e às fraudes, inclusive a gravação, já autorizada às partes na última proposição desse dispositivo.

Os avanços da técnica, principalmente no terreno da informática, permitem avistar um processo em que a oralidade predomine, inclusive pela facilidade de registro dos atos processuais. Por sinal, os três últimos parágrafos do art. 13, complementados pelo art. 44, ambos da Lei nº 9.099, de 26.9.95, dos juizados especiais, vão além das disposições do CPC, na explicitação dos meios de documentação do processo. Afirme-se com toda a segurança que, muito cedo, no próximo milênio, os autos tradicionais, ainda hoje costurados com agulha e linha, desaparecerão e a expressão material do processo constará de programas de computação, admitindo-se que tudo ou quase tudo se faça por meio da informática, que tornará obsoletas as resmas de papel que atualmente se consomem, no exercício da função jurisdicional. Aparecerá, então, o processo virtual, de que já se fala; o processo sem autos, encerrado em programas, disquetes e similares. Por certo, tanto mais largamente se usarão os meios propiciados pela técnica quanto existirem os recursos financeiros suficientes, o que não acontecerá de modo simultâneo, nem no Brasil nem no mundo, onde um milênio talvez não baste para apagar as marcantes diferenças sociais, comprometedoras do acesso ao Judiciário e da prestação da justiça.

A facilidade das comunicações, que já permitem, hoje, a transferência de elementos e de recursos fabulosos por um simples pressionar de teclas, universalizará o processo judicial, cujos atos se praticarão e cujos efeitos se produzirão, além, muito além do espaço territorial de cada soberania. Esse fenômeno da globalização do processo permitirá que se previnam ou se solucionem litígios e, igualmente, se administrem atividades não conflituosas entregues ao Judiciário, mediante uma só atividade jurisdicional, que, emanada embora do poder político de um estado, se estenderá a outros. Falo, aqui, da utilidade extraterritorial da prestação jurisdicional e do alargamento do princípio da cooperação jurisdicional, já efetivo hoje por meio de atos entre os quais avulta, dominante, a homologação e conseqüente eficácia da sentença estrangeira. Mas não se faça abstração do processo que, nos séculos adiante, se desenvolve, simultaneamente, em estados soberanos distintos: domiciliado o autor num país e o réu noutro, naquele se proporá a ação e

neste ela será contestada, competente a autoridade judiciária de um ou de outro estado para determinados atos, consoante em tratado se dispuser, tal como agora ocorre, no âmbito interno, nos embargos à execução por conta (CPC, art. 747), ora da competência do juízo deprecante, ora deprecado. A informática propiciará o fenômeno (para não dizer o milagre) da relação processual bifurcada em procedimentos diferentes, perante judiciários diversos, para atender a necessidade da adequada composição da lide.

E os atos processuais, no milênio próximo, como já ocorre, timidamente embora, no fim deste milênio, serão dominados por aqueles princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia e celeridade, virtual ou expressamente consagrados em tantos dispositivos do Código de Processo Civil e de leis extravagantes e luminosamente postos no art. 2º da Lei nº 9.099, dos juizados especiais.

Os avanços da técnica repercutiram, a olhos vistos, no processo judicial, ao longo deste milênio. No Brasil, essa repercussão se acentuou, particularmente, nas suas três últimas décadas, coincidentes com a vigência do Código de Processo Civil. Esse entrosamento da técnica, em especial da informática, com o processo se aguçarà no milênio próximo, contribuindo, sem dúvida, para o aprimoramento do conteúdo dos atos processuais, que refletirão o mundo de informações de toda a ordem, inclusive as de natureza científica, posto ao alcance dos operadores da máquina judiciária. Doutrina e jurisprudência se tornarão acessíveis, num mundo em que um disquete valerá uma biblioteca, onde todas as bibliotecas ficarão próximas, onde, automaticamente, tudo o quanto se escrever e decidir logo chegará aos possíveis usuários, facilitada a procura, a descoberta, a seleção dos dados pesquisados. A qualidade dos atos jurisdicionais, desde a origem, diminuirá o número de recursos, a se usarem com comedimento e mediante real necessidade, como já ocorre hoje em tantas partes do primeiro mundo e como haverá de dispor a lei, empenhada em evitar que os meios de impugnação das decisões judiciais se convertam naquelas ocas *alongaderas* do processo espanhol medieval, e se utilizem promiscuamente, como hoje ocorre, ora de modo legítimo, para aperfeiçoar a prestação jurisdicional, ora indevidamente, apenas para protelar a eficácia da decisão adversa, ou somente para tentar melhor sorte, contando-se com o imponderável das decisões judiciais.

O empenho de extrair da relação processual a sua utilidade máxima derrogará, por certo, senão nas próximas décadas, seguramente nos séculos vindouros, o vigente e já de certo modo combalido princípio da limitação

da eficácia subjetiva da coisa julgada às partes do processo. As denominadas *class actions* se multiplicarão para se evitar o processo individualista, voltado apenas para um determinado litígio, ignorante de outros rigorosamente idênticos, que virão asoberbar os órgãos de administração da justiça, quando a postulação repetida poderia ser evitada pela adoção de expedientes de universalização do processo, como a súmula vinculante, num tempo em que não haverá lugar para a atividade paroquial das instituições de função predestinadamente transcendental.

Encerra-se este milênio, testemunhando-se, mais precisamente, usando-se o processo judicial numa cultura que quase só tem olhos para o litígio e para a solução imposta e forçada do litígio pelos meios de cumprimento coativo da sentença, de cuja execução dizem os processualistas que se opera independentemente da vontade do sujeito passivo, que a sofre, na medida do necessário à satisfação da vontade contida no título.

E já que falei em execução, permita-se que eu estique o ponto, lembrando que, dos três processos civis contenciosos - o cautelar, o cognitivo e o executivo - este último vê exaurir-se o milênio sem a solução para os problemas que apresenta. O maior deles consiste na impossibilidade de cumprimento da sentença, especificamente da sentença condenatória para a qual se volta o processo de execução, pela ausência de condições econômicas do executado, ora carente de bens que respondam pela obrigação de pagar, conforme o princípio da responsabilidade patrimonial, consagrado pelo art. 591 do CPC, ora sem bens visíveis e sem que haja meios eficazes de combater a exaustão patrimonial adrede preparada para frustrar a eficácia prática do comando jurisdicional. A processualística ainda não encontrou melhor solução para os problemas que agora se mencionam do que deixar suspenso o processo, conforme preceitua o inciso III do art. 791 - “suspende-se a execução quando o devedor não possuir bens penhoráveis” - uma norma que, extensivamente, se aplicará àquelas hipóteses em que o devedor nem tiver condições de cumprir a obrigação de fazer, de não fazer, ou de dar, nem patrimônio para suportar a obrigação de pagamento em que se converte o inadimplemento daquelas.

No próximo milênio, talvez se engendrem meios de fazer efetiva a sentença judicial, adotando-se a possibilidade de alguma prestação pelo devedor que possa satisfazer, de certo modo, o direito do credor, naqueles casos de comprovada inviabilidade da execução da sentença como nela se dispôs. Inclementes problemas do processo de execução, vinculados à

situação econômica e à cultura prevalecentes, levaram os processualistas a se voltarem, comodamente, para os processos cognitivo e cautelar (ou será que o tempo não bastou para a busca de soluções dos intrincados problemas dessas duas espécies do processo civil contencioso?). Fica a problemática da execução como um dos grandes desafios aos processualistas do terceiro milênio, a quem incumbirá resolver as questões angustiantes, talvez buscando soluções alternativas da execução específica, sem que, contudo, se retroceda à responsabilidade corporal que, no sistema romano-ocidental, já ficara abolida com o advento da *Lex Poetelia Papiria*, na metade do último milênio anterior à era cristã.

A concepção do processo judicial como instrumento da composição forçada dos litígios se foi mitigando no fim deste milênio, como demonstram, no CPC, as normas do inciso IV do art. 125, do art. 331, do art. 447, do inciso I do art. 599 e, na legislação extravagante, normas como as do art. 2º, última parte, e do art. 21 da Lei dos Juizados Especiais, todas a estimularem a conciliação, pela transação, ou excepcionalmente, pela renúncia da pretensão, ou pelo reconhecimento da procedência do pedido.

O quanto tem o processo judicial progredido como instrumento de composição amigável da lide permite ver, no próximo milênio, o processo como a melhor alternativa de si mesmo, isto é, o processo desempenhando uma atividade de mediação, conciliadora das partes, de igual ou maior importância que a atividade de julgamento, que inevitavelmente retarda a solução dos conflitos.

Haverão de florescer, no princípio do milênio, como indicam as exuberantes vergôntes que desabotoaram viçosas nos últimos tempos, os meios alternativos de solução dos conflitos - as ADR, *alternative dispute resolutions*, para repetir a fórmula identificadora - dentre eles o processo como instrumento de conciliação, então transformado em alternativa de si mesmo, a mediação e o juízo arbitral, que avanta o processo judicial pela possibilidade de se fazer a postulação e o julgamento da lide por especialistas, como não acontece na justiça comum, onde os postuladores da jurisdição - advogados, defensores, procuradores, Ministério Público - e os prestadores dela, juízes de todas as instâncias, se transmudam em conhecedores dos mais diferentes assuntos.

No milênio próximo, muito se porá no aperfeiçoamento dos postuladores e ministradores da prestação jurisdicional, como apontam os cuidados que com paciência e perseverança se vão adotando na seleção e fiscalização

deles, sempre exclusivamente pelos próprios órgãos a que pertencerem, não admitida qualquer espécie de controle externo, salvo a da livre crítica dos jurisdicionados, ampliada através da mídia consciente das suas responsabilidades. O controle externo é uma idéia simplista de um bando de papalvos. Por isso mesmo, temível. A edição 1602 da revista VEJA lembra Ambrose Bierce quando ele diz que o idiota é “membro de uma grande e poderosa tribo cuja influência nos assuntos humanos sempre foi dominante”. Mas que nós, as personagens do processo, lutemos vigilantemente para não transformar, especialmente pela frouxidão moral, pela condescendência com o ilícito, o controle externo do Judiciário numa solução de desespero. Que o Poder Judiciário se vigie a si próprio, para não se fazer vigiado por ninguém mais.

Quando se fala no aperfeiçoamento da postulação e da prestação jurisdicionais, deve-se pensar no advogado, no defensor, no Ministério Público, no juiz ecumênico, de olhos postos no mundo que o rodeia, contemporâneo de tudo o quanto se passa no orbe terrestre (no próximo milênio se falará neste e noutros mundos) e fora do casulo onde sempre atuará mal se, com uma espécie de síndrome de Chanteclair, o galo que supunha fazer nascer o sol com o seu canto, supuser que o mundo é apenas o foro onde atua e que tem por princípio e por fim as folhas de um processo.

Recentemente, fiz longa viagem aérea ao lado de um advogado que, durante todo o tempo, falou, unicamente, dos seus clientes, dos seus processos, das suas venturas e desventuras profissionais. Horas a fio, desde o momento em que me descobriu seu colega, ele, parece que empenhado na demonstração da verdade da sentença evangélica - “da abundância do coração fala a boca” - só teve palavras para descrever as suas iniciais, suas contestações, réplicas e audiências, apelações e quejandos, como se a mim não me bastassem as minhas. Tentei variar o assunto. A guerra nos Bálcãs: estava se lixando; a modernidade européia iniciada em 1492, título do delicioso livro de Jacques Attali, que eu tinha em mãos: nem pensar; política e música: o que lhe importavam a magistralidade de Haendel ou de Mozart, a originalidade das letras de Cole Porter e Chico Buarque, a voz de Ella ou de Piaf?; anedotas: não o interessavam; piadas: não achou graça e a cada pausa minha, ele monjolava, tediosamente, monotematicamente, os episódios da sua profissão. Nem o esplendoroso amanhecer, anunciado em tons róseos pelas nuvens que se iam enchendo de luz, o comoveu. Lembrei-me, e estive a um passo de lembrá-lo de um cartaz, espalhado pelo New York Times, aí por meados da década dos 60. Via-se nele um avestruz, enterrada

na areia a cabeça minúscula, exposto, entretanto, o corpanzil às intempéries. Por baixo, apenas este dito sutil: “Há pessoas que não lêem as notícias. Elas simplesmente não querem saber”.

Tudo o quanto, ao longo destes mil anos, que agora chegam ao termo fatal, se construiu, ou se aperfeiçoou da rica herança do milênio anterior e de tempos ainda mais remotos, permite vislumbrar o processo judicial do terceiro milênio com todo o entusiasmo. De um teólogo, que cruelmente perdeu a fé, se diz que revelou ao mundo o seu drama, adotando o lema *sine spe ac sine metu*: se, pela descrença, já nada esperava, também já não temia o momento do encontro com aquela que Manuel Bandeira chamou “a indesejada das gentes”. Nos séculos futuros, de tal modo atuará o processo, na sua dupla finalidade de julgar e de conciliar; nos seus dois aspectos de microprocesso, que trata do conflito das partes, e de macroprocesso, que ensina a compreender e a cumprir a lei e pacifica o grupo social pela aplicação do direito; e de tal modo será propícia a ciência processual como sistema das leis e princípios inerentes à jurisdição, que bem se poderia anunciá-los agora, no limiar de mais um milênio da civilização, sob o dístico “com fé e com esperança”. A certeza de que a processualística e o processo atuarão eficazmente justifica a esperança de que, também por meio deles, se construirá o mundo melhor dos sonhos de cada homem, em qualquer tempo. Que assim seja, pela vontade e sob a proteção de Deus! ◆

Execução de Sentença de Condenação no Pagamento de Alimentos - Aspectos Polêmicos -

WILSON MARQUES
Desembargador do TJ/RJ

GENERALIDADES

A execução de sentença de condenação no pagamento de alimentos é espécie do gênero execução por quantia certa contra devedor solvente.

Conhece duas espécies: a execução comum (Código de Processo Civil, artigo 732 c/c 652 e seguintes), em que o devedor será citado para, no prazo de 24 horas, pagar a dívida exequenda, ou nomear bens à penhora e a execução especial (Código de Processo Civil, artigo 733) em que “o juiz mandará citar o devedor para, em três (3) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo”.

A razão da dualidade está em que, diante da relevância do crédito alimentar, a lei criou, ao lado da execução genérica, a execução especial do artigo 733 e seguintes, que apresenta particularidades notáveis, que mais a frente serão postas em destaque.

As duas ações não são fungíveis e permutáveis, no sentido de que, no curso do processo de uma delas, não se admite a prática de atos privativos do outro.

Desse modo, o credor que propôs em face do devedor ação de execução comum, não pode, no curso do processo, pedir a prisão do executado.

Em contrapartida, o devedor, no curso desse processo, não poderá alegar impossibilidade de cumprir a obrigação.

Correlativamente, o credor que propôs em face do devedor ação de execução especial, não pode, no curso do processo, pedir a penhora de bens do demandado.

O devedor, a seu turno, não pode entrar com Embargos.

E, assim, por diante.

Se o devedor trabalhar com relação de emprego, o juiz mandará descontar o valor dos alimentos em folha de pagamento (artigo 734).

Neste caso, ao que entendemos, não é admissível nem a execução comum, nem a especial, por falta de interesse processual.

Na situação figurada, o credor não necessita propor nem uma ação, nem a outra, para obter a satisfação do seu direito.

Se não necessita propor a ação, não pode propô-la, porque, no processo civil, tudo o que não é necessário é proibido, por falta de interesse processual.

Se o fizer, o juiz julgará extinto o processo, sem julgamento do mérito, na forma do disposto no artigo 267, VI, do mesmo diploma legal.

O referido artigo 734 deve ser interpretado extensivamente para alcançar, também, devedores que, embora não sejam exatamente aqueles que nele foram expressamente contemplados - o funcionário público, o militar, o diretor ou gerente de empresa, o empregado sujeito à legislação do trabalho - encontram-se, não obstante, em posição assemelhada.

Na nossa judicatura, tivemos oportunidade de mandar descontar alimentos devidos à mulher e filha da remuneração do marido e pai que, possuía um caminhão e como profissional autônomo, “fazia frete” para várias empresas, das quais recebia, no final do mês, o valor das correspondentes faturas.

Tal medida encontra amparo na Lei de Alimentos (artigo 17 da Lei nº 5.478, de 1.968), de acordo com o qual “quando não for possível a efetivação executiva da sentença ou do acordo, mediante desconto em folha, poderão ser as prestações cobradas de alugueres de prédios **ou de quaisquer outros rendimentos do devedor...**”

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de que foi relator o Ministro Eduardo Ribeiro, entendeu que o desconto dos alimentos em folha de pagamento somente é admissível com relação a alimentos **futuros**. (Agravo 89.080- DF, DJU 10.05.96)

Os **pretéritos** teriam de ser buscados através de ação de execução por quantia certa contra devedor solvente.

Data venia, não vemos razão para a distinção, que não está na lei e que importa em retirar do dispositivo muito da sua força e utilidade.

Se não for possível o desconto em folha de pagamento, o credor poderá intentar em face do devedor ação de execução comum ou especial, a que for da sua maior conveniência.

Jurisprudência a que não aderimos entende que se o devedor tem bens, razão não existe para o credor lançar mão da ação do artigo 733, que seria

utilizável, somente, no caso extremo de não haver outro meio de satisfação do direito do credor.

Havendo esse outro meio, ao credor não restaria outra alternativa senão que a de lançar mão da ação de execução comum do artigo 732.

Em suma: para o rico, que tem bens: penhora; para o pobre que não os tem: cadeia.

Tudo a confirmar aquela velha história de que todos são iguais perante a lei, mas há alguns que são mais iguais do que os outros.

A discriminação odiosa não se escora em nenhuma base lógica ou jurídica.

Em primeiro lugar, a lei não diz que uma espécie de execução - a especial - somente é admissível quando não for possível o uso da outra.

De certo modo, o que a lei diz é o contrário, pois, ao afirmar que “o cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas (artigo 733, § 2º)”, parece que deixou claro que a ação de execução especial pode perfeitamente ser intentada antes da ação de execução comum, ficando esta na posição de soldado da reserva, para ser utilizada se aquela malograr.

Finalmente, no concurso eletivo de ações - e é disso que se trata - quem elege a ação a ser intentada é o autor.

Não é o juiz.

O entendimento inverso nos parece tão absurdo quanto seria o de vir o autor pedir a redibição do contrato de compra e venda de bem adquirido com vício redibitório e receber do juiz a resposta que a ação que ele deve propor não é a que ele escolheu - a redibitória - mas outra - a *quantum minoris* - que o juiz escolheu por ele.

Créditos longínquos não autorizam a propositura da ação de execução especial, diz acórdão da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de que foi Relator o Desembargador Doreste Baptista.

O Superior Tribunal de Justiça tem seguido por essa vereda, admitindo a ação de execução especial para “as prestações recentemente vencidas (como tais entendidas, de um modo geral, as dos últimos três meses) reservando-se para a ação de execução comum as prestações vencidas anteriormente (Assim: RSTJ 84/197).

Tal orientação, a nosso sentir, não tem o menor cabimento.

Como anota, com acerto, Said Cahali, “os débitos atrasados, valor das pensões alimentícias, não perdem, por força do inadimplemento de obriga-

ções de pagar alimentos, o caráter da causa de onde provieram. Os efeitos, quaisquer que sejam, têm o mesmo caráter ou natureza da causa. A dívida continua sendo de alimentos, não de outro caráter ou natureza, deduzindo-se daí, que tendo tais débitos pretéritos, sempre, caráter alimentar, nenhuma ilegalidade há no decreto de prisão do alimentante, que é medida constritiva, legalmente prevista, para que este cumpra sua obrigação alimentar” (**Dos Alimentos**, 3ª edição, página 1.071).

A lei não faz distinção entre alimentos novos e velhos, para permitir em relação aos primeiros e proibir quanto aos últimos o uso da ação de execução especial.

Ora, onde a lei não distingue ao intérprete não cabe fazer distinções.

Além disso, aquele entendimento, contra milenar princípio geral de direito, permite ao devedor tirar proveito da própria inadimplência, na medida em que dele afasta a ameaça de prisão, justamente pelo fato de ele ter se tornado inadimplente.

Mais do que isso, serve para coonestar o procedimento reprovável do devedor de alimentos, que não paga as prestações novas, deixando que envelheçam, e não paga as velhas, porque, pela falta de pagamento destas, não está sujeito à prisão.

Também se ouve dizer, aqui e ali, com maior ou menor freqüência, que não autoriza a prisão do devedor a execução de diferenças de alimentos e de correção monetária da dívida alimentar.

Ora, diferenças de alimentos e correção monetária de alimentos, alimentos são.

Logo, razão não existe para subtrair do credor a ação de execução especial pelo importe de diferenças de alimentos e correção monetária de dívida alimentar.

A não ser que se pretenda encorajar o devedor a livrar-se da ameaça de prisão através do pagamento, com moeda desvalorizada, de parte, talvez irrisória, do valor global da dívida de alimentos.

Corretamente, a jurisprudência predominante entende que não cabe prisão quando a soma exigida, através de ação de execução especial, inclui juros, custas do processo e honorários de advogado, pois, nesses casos, e nessa parte, não se trata de inadimplemento de obrigação alimentar, a autorizar, por exceção, a prisão civil por dívidas, vedada, em regra, pela Constituição Federal (artigo 5º, VXVII).

Por força do que dispõe o artigo 575, II, do Código de Processo Civil, tanto a ação de execução comum, como a especial, ambas fundadas, sempre, em título judicial, inserem-se na competência do juízo da ação de conhecimento, onde os alimentos foram fixados.

Devem ser propostas nos mesmos autos da ação originária, onde os alimentos foram fixados, se a execução for definitiva, e, em autos suplementares, ou por carta de sentença, se provisória (artigo 589).

Mais de uma vez, já nos deparamos com recursos interpostos por alimentandos contra decisões de juízes que determinaram distribuição por sorteio de petições iniciais de ações de execução de sentença de condenação no pagamento de alimentos.

A determinação judicial em tal sentido, importa em dupla violação da lei: do artigo 575, II, porque competente para a execução é o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição, não é o juízo a que o feito vier a tocar por sorteio: e do artigo 589, porque a execução definitiva se faz nos autos principais e ou em autos suplementares ou em carta de sentença, não em autos outros, formáveis em juízo diverso.

Com apoio em acórdão da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, no Conflito de Competência nº 40.954-0/6-00, Nelson Nery Júnior sustenta que “no caso de alimentos, a regra específica do artigo 100 prepondera, por interesse público, à regra genérica do artigo 575, II...” (**Código de Processo Civil Comentado**, 4ª edição, 1999, páginas 1.088 e 1.089, nº 4).

Mas, ao que aduz, “essa não aplicabilidade do artigo 575, II, à execução dos alimentos se dá apenas quanto à competência de foro (comarca)”, ou seja, quando o alimentando transfere a sua residência ou domicílio, de uma comarca para outra. (idem, ibidem).

Se o alimentando transferir a sua residência ou domicílio para outro lugar, dentro da mesma comarca, o caso já não seria mais de competência de foro, mas sim de competência do juízo, incidindo a regra do artigo 575, II.

Data venia, estamos em completo desacordo.

Em primeiro lugar, porque, ao afirmar que “é competente o foro do domicílio ou da residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos, o artigo 100, II, obviamente está se referindo apenas à ação de conhecimento, não à ação de execução.

A ação em que o credor pede alimentos é ação de conhecimento.

Não é ação de execução.

Na de execução, ele não pede alimentos.

Ele pede que o devedor seja citado para , no prazo de 24 horas, pagar ou nomear bens à penhora (execução comum) ou para efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo, sob pena de prisão, pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

Por outro lado, não se pode pôr em confronto norma de competência de foro, que, descumprida acarreta a incompetência relativa - artigo 100, II - com norma de competência do juízo, que violada, importa em incompetência absoluta do órgão da execução - artigo 575, II.

Como a determinação da competência do foro é um *prius* em relação à determinação da competência do juízo, é óbvio que todas as vezes em que a lei determinar diretamente a competência do juízo - como nos casos do artigo 35, parágrafo único, da Lei do Divórcio, e 108 e 575, II, do Código de Processo Civil - ela já estará determinando, também, cumulativamente, a competência do foro, que outro não poderá ser senão que o da comarca de que faz parte ou na qual está integrado o juízo competente.

A AÇÃO DE EXECUÇÃO ESPECIAL

Como já se assinalou, na ação de execução especial, regulada pelo artigo 733, “o juiz mandará citar o devedor para, em três dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo”, sob pena de se lhe decretar a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

Embora o teor literal do dispositivo pareça limitar a resposta do devedor apenas à tríplice alternativa nele mencionada, é intuitivo que não se lhe pode negar o direito de alegar, também, a inexigibilidade da dívida, o excesso de execução, a novação ou qualquer outra causa extintiva da obrigação alimentar.

Na dívida de alimentos, encontramos um dos dois únicos casos em que a Constituição Federal permite a prisão civil por dívidas (artigo 5º, LXVII). O outro, como se sabe, é o do depositário infiel.

A prisão do devedor de alimentos não é pena. É meio de coerção, portanto ato executório destinado a influir na vontade do devedor, levando-o a pagar os alimentos que ele deve, mas não quer pagar.

Se fosse pena, o devedor, pagando a dívida, no curso do prazo de duração da prisão, não poderia ser libertado. Teria que continuar preso. Mas, naquela eventualidade, ele pode e deve ser solto (artigo 733, § 3º) . Sinal de que a prisão não é pena.

A prisão, igualmente, não é forma de pagamento.

Se fosse, cumprida a “pena”, o devedor não continuaria devendo as prestações vencidas.

Mas continua (artigo 733, § 2º).

É porque a “pena” não serviu como meio de pagamento.

Na sua primitiva redação, o artigo 733, § 2º, estabelecia que “o cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas, mas o juiz não lhe imporá segunda pena, ainda que haja inadimplemento posterior”.

O cumprimento da “pena” criava, pois, para o devedor, um verdadeiro *bill* de indenidade.

Depois de cumpri-la, podia, tranqüilamente, deixar de pagar os alimentos, pelo resto da vida, pois nunca mais poderia ser preso pelo fato do inadimplemento de obrigação alimentar.

E se não tivesse bens, o credor por nenhum meio poderia exigir o cumprimento da obrigação, assim transformada como que em uma espécie de obrigação natural.

Ocorre que a Lei do Divórcio deu nova redação ao artigo 733, § 2º, suprimindo a restrição “mas o juiz não lhe imporá segunda pena, ainda que haja inadimplemento posterior”.

Desse modo, a partir de então, tornou-se possível a prisão do devedor, mais de uma vez, pelo fato da falta de pagamento da dívida alimentar.

Não obstante, pensamos que, dada a natureza da prisão - meio executório de coerção - o devedor não poderá ser preso, mais de uma vez, pelo fato da falta de pagamento dos mesmos alimentos.

Explicando melhor:

Se o devedor não pagou os alimentos de janeiro; por esse motivo foi decretada a sua prisão, pelo prazo de três meses; permaneceu preso, durante todo esse tempo e cumprida a “pena” foi libertado, o juiz poderá lhe impor nova “pena”, em virtude da falta de pagamento dos alimentos de fevereiro.

Mas não poderá lhe impor nova “pena”, pelo fato do inadimplemento da obrigação de pagar os alimentos de janeiro, aqueles mesmos cuja falta de pagamento já lhe acarretara a decretação da prisão por três meses, integralmente cumprida.

Se a prisão, como meio de influir na vontade do devedor, não produziu o resultado esperado, seria intolerável *bis in idem* aplicá-la uma segunda vez, para o mesmo fim.

De acordo com o artigo 733, § 3º, “paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão”.

Mas qual “prestação alimentícia”?

Somente a que constou da petição inicial da ação execução e do mandado de citação?

Ou a aquela e mais as que se venceram no curso do processo de execução?

Quase sempre, durante o processamento da execução, que a lei quer célere, mas que, pelas mais variadas razões, demora meses, às vezes, até, anos, para chegar ao fim, vencem-se prestações posteriores àquelas que o devedor foi citado para pagar, provar que já pagou ou justificar a impossibilidade de efetuar o pagamento sob pena de prisão e que exatamente por não ter feito nada disso, o juiz decretou-lhe a prisão, na qual se encontra.

Indaga-se, então, se, nesses casos, para livrar-se solto o devedor deve pagar somente as pensões objeto da ação de execução, constantes do mandado de citação, ou deverá pagar aquelas e as outras que se venceram, no curso do processo, até o dia do pagamento .

Pensamos que para conseguir a liberdade o devedor deverá pagar as prestações anteriores e todas as posteriores, vencidas até o dia do pagamento.

Se pela falta de pagamento das prestações posteriores ele está sujeito à nova prisão, parece ilógico libertá-lo só com o pagamento das anteriores e depois prendê-lo, de novo, logo em seguida, pela falta de pagamento das posteriores.

Aliás, não há, nisso, nenhuma novidade, senão que conformação da tese com o sistema.

O locatário, para evitar a rescisão do contrato de locação deverá efetuar o pagamento dos aluguéis e acessórios da locação vencidos, não até o dia da propositura da ação, mas sim até o dia da purgação da mora (Lei nº 8.245, de 18.10.91, artigo 62, II, “a”).

Na ação de consignação em pagamento, o devedor, para obter o resultado visado, precisa depositar, não apenas as prestações vencidas ao tempo da propositura da ação, mas, também, as que “vencerem durante a tramitação do feito e até ser prolatada a sentença de primeira instância...” (Lei citada, artigo 67, III).

Ora, se nesses casos, de locação, por força de disposições legais expressas, o devedor, para evitar o despejo e obter a extinção da obrigação, precisa pagar as prestações vencidas, ao tempo da propositura da ação, e

mais as que venceram no curso do processo, como sustentar que, no caso dos alimentos, em que, pela própria natureza da obrigação, o devedor deve ser tratado com maior severidade, ele pode conseguir o resultado visado - o de livrar-se solto - com o pagamento incompleto, porque representado apenas pelas parcelas vencidas até o dia da propositura da ação?

Alguns autores, como Pontes de Miranda, aferrados à literalidade do artigo 733 - “na execução da sentença ou da decisão, que fixa alimentos **provisionais.....**” - entendem que o dispositivo somente é aplicável a esses alimentos - os provisionais - suscetíveis de serem obtidos através de ação cautelar, mas não aos outros - os definitivos - que deveriam ser buscados através de ação de conhecimento.

Mas se se admite a prisão civil de um devedor de alimentos sujeito apenas à uma condenação provisória, como explicar, sem agressão à lógica e ao bom senso, a vedação de tal prisão, nos casos de condenação definitiva?

Aliás, a Lei nº 6.014, de 27.12.73, posterior ao Código de Processo Civil, que é de 11.1.73, ao dar nova redação ao artigo 18 da Lei de Alimentos (nº 5.478, de 25.07.68), que trata da execução da sentença de condenação no pagamento de alimentos, que **não são provisionais**, estabeleceu que o credor “poderá requerer a execução da sentença, na forma dos artigos 732, **733** e 735 do Código de Processo Civil”.

Portanto, a ação de execução especial é utilizável se os alimentos forem provisionais ou não provisionais; provisórios ou definitivos, fixados em decisão interlocutória ou em sentença; transitada em julgado, ou não.

A prisão não pode ser decretada de ofício.

Melhor do que o juiz o credor sabe da oportunidade e da eficácia da medida.

Portanto, o “decretar-lhe-á a prisão” do § 1º do artigo 733, significa que o juiz decretará a prisão do devedor se o credor o requerer.

Não obstante, é preciso considerar que a opção pela execução do artigo 733 já significa requerimento, ainda que implícito, de prisão do devedor, para o caso de, no tríduo legal, não pagar, não provar que já pagou, ou não justificar a impossibilidade de efetuar o pagamento.

A execução da sentença de condenação a prestar alimentos, intentada na pendência de recurso interposto contra o provimento condenatório, é provisória.

Não obstante, o credor, para intentá-la, ao menos em regra, não precisa prestar a caução do artigo 588, I, porque a caução visa garantir a reparação

dos danos sofridos pelo executado, consistentes, no caso, basicamente, em restituição dos alimentos pagos, mas esses alimentos, como quaisquer alimentos pagos, são irrestituíveis, ainda quando o pagamento houver sido feito, indevidamente.

Ora, se os alimentos que, no curso da execução provisória, o credor conseguir receber, não serão restituídos ao devedor, mesmo que sobrevenha decisão da superior instância, de reforma da sentença condenatória, parece que razão não há para exigir, como condição da propositura da ação de execução provisória, a prestação de caução destinada a garantir a restituição dos alimentos... irrestituíveis.

Segundo entendimento dominante, com o qual estamos de acordo, a ação de execução de dívida de alimentos compreende, apenas, os alimentos do Direito de Família, não podendo ser estendida a alimentos outros, como os decorrentes de indenização por atos ilícitos.

Se, no tríduo legal, o devedor apresentar justificação da impossibilidade de efetuar o pagamento, o juiz não poderá decretar-lhe a prisão, sem apreciar a justificação.

Se a justificação não for aceita, o juiz decretará a prisão do devedor.

Se for aceita, o juiz não lhe decretará a prisão, mas o acolhimento da justificação não importará em extinção ou, mesmo em redução do valor da dívida, que continuará subsistindo, integralmente, podendo ser reclamada, pela mesma via, em outra oportunidade, se desaparecerem as razões que motivaram o acolhimento da justificação, ou, então, desde logo, pela outra via, a da ação de execução comum, se o devedor, embora tendo comprovado a impossibilidade de efetuar o pagamento no tríduo legal, tiver bens penhoráveis, capazes de suportar a execução.

A lei sequer autoriza o parcelamento da dívida alimentar em atraso, pelo juiz, sem consentimento do credor, mas a prática há de ser tolerada porque consagrada, pelo costume, e generalizada, no nosso foro, e, ao que supomos, nos outros também. ◆

O Depósito Recursal no Juizado Especial Cível

FÁBIO DUTRA

Juiz de Direito do TJ/RJ

1. Comentários Gerais - Os Juizados Especiais Cíveis, criados a partir da bem sucedida experiência dos Juizados de Pequenas Causas, instituídos pela Lei Federal nº 7.244, de 7 de novembro de 1984, são órgãos do Poder Judiciário, dotados de grande agilidade, que podem acelerar a prestação jurisdicional atualizando a chamada demanda reprimida e combatendo com resultados francamente positivos a tão preocupante morosidade da justiça.

Não será exagero dizer que, com o advento dos Juizados Especiais Cíveis, surge um novo processo civil, especialmente para as demandas de menor complexidade, muito mais moderno e adequado à realidade forense atual.

Quanto mais forem os atalhos que abreviem o longo e tortuoso caminho entre a formulação da pretensão em juízo e a sua efetiva satisfação, maior será a credibilidade do Poder Judiciário. É uma questão vital para o concreto acesso à justiça.

O arsenal de possibilidades postas à disposição do juiz de tais órgãos jurisdicionais, permite a pronta solução da grande maioria dos conflitos, pois o magistrado pode aplicar os princípios gerais do processo civil convergente e paralelamente aos “critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade” (artigo 2º, da Lei 9.099/95), embora esta não tenha indicado expressamente o estatuto processual como legislação supletiva¹.

Apesar dos inegáveis resultados já alcançados, decorrido ainda pouco tempo de sua instalação, começamos a ouvir, principalmente na comunidade jurídica e acadêmica, que os juizados não resolverão o problema da crescente demanda da prestação jurisdicional, sem um aparelhamento à altura das necessidades.

¹ Theotônio Negrão, *CPC e Legislação Processual em Vigor*, Saraiva, 28ª edição, 1997, p. 989.

2. A Interpretação das Leis Processuais - Eduardo Couture, em obra elaborada a partir de uma série de palestras proferidas na Faculdade de Direito da Universidade do México, com a sua reconhecida autoridade doutrinária, afirma que o intérprete, embora pretendendo ser absolutamente neutro, não pode sê-lo, pois “é o intérprete um filósofo que faz filosofia apesar de si mesmo”².

O Ministro Carlos Alberto Direito, em palestra realizada na AMAERJ, em 29 de março de 1999, analisando os caminhos tomados pelo juiz para a sua decisão e a sua atividade interpretativa afirma ser na interpretação que o juiz começa a delinear o problema de sua personalidade. E prossegue: “o juiz quando interpreta, acrescenta, jamais é neutro. Ele está revelando o seu sistema de convicções que serve de inspiração na descoberta da regra e na sua incidência ao caso concreto”³.

O citado autor observa que a atividade do intérprete “não pode ser matemática ou geométrica, sendo antes um ato vital no qual sempre estará presente a vontade e uma tendência filosófica”⁴. Pela análise persistente e contínua, pode-se seguir o rastro de cada tendência para identificar a atitude filosófica correspondente.

A regra jurídica nasce um dia, para uma determinada época... Interpretar é, ainda que inconscientemente, tomar partido por um entendimento do direito, o que significa dizer, interpretar é dar vida a uma norma. Não pode, aquele que tem o dever de interpretar, calar-se ante a possibilidade de prover-lhe de efetividade e de dar-lhe uma concepção que, embora não expressamente prevista pela lei, é por ela pretendida e acolhida.

Ao deparar-se o magistrado com uma determinada necessidade processual não suprida pela legislação positiva em vigor, deve ele posicionar-se a favor da justiça processual, resguardando os princípios constitucionais, aqueles que estejam intimamente ligados ao direito de cidadania, observando a inexistência de expressa vedação pelo ordenamento jurídico.

3. A Aplicação do Código de Processo Civil Perante o Juizado - A Lei nº 8.640, de 31 de março de 1993, ao dar nova redação ao artigo 40, da revogada Lei de Pequenas Causas, estabeleceu que a execução da sentença

² Eduardo J. Couture, *Interpretação das Leis Processuais*, Forense, 2ª ed., 1993, p. 9.

³ AMAERJ Notícias, ano 7, nº 43, março/abril de 1999, p. 21.

⁴ Couture, *Interpretação...*, p. 9.

seria processada no juízo competente para o processo de conhecimento. Antes tal dispositivo tinha a seguinte redação: “a execução da sentença será processada no juízo ordinário competente”. A Lei também definiu serem aplicáveis no processo de execução as disposições do Código de Processo Civil.

Correta a disposição da referida lei ao determinar a execução da sentença no próprio juizado, porque, inegavelmente, a Lei 7.244/84 criou uma nova concepção de justiça. A manutenção da execução perante o juízo comum serviria, no mínimo, para desacreditar a novel justiça.

A Lei nº 9.099/95 em uma seção exclusiva, com dois longos artigos (52 e 53), disciplinou a execução dos julgados proferidos pelos Juizados Especiais Cíveis e reiterou que eles seriam executados naquele mesmo Juízo, reafirmando serem aplicáveis as disposições do Código de Processo Civil.

Havendo uma estrutura organizacional compatível com a demanda, a prestação jurisdicional poderá ser fornecida com presteza e o conceito da verdadeira justiça será preservado ou até, quem sabe, para alguns, resgatado.

Rara a infelicidade da referida norma, no entanto, no que se refere à aplicabilidade do Código de Processo Civil nas execuções dos julgados, pois os seus dispositivos são por demais complexos e onerosa a sua operacionalização, inviabilizando com muita frequência a efetiva prestação jurisdicional.

Urge, sob pena de comprometer-se todo o avanço obtido com a criação dos juizados, estabelecer-se uma sistemática processual específica para a execução das suas próprias decisões. Precisa-se de normas que simplifiquem e acelerem o processo de execução das causas cíveis de menor complexidade.

4. O Duplo Grau de Jurisdição - Existem, dentre os vários princípios que disciplinam o processo, dois que têm muita relevância e devem ser sempre levados em consideração: o princípio da justiça e princípio da certeza jurídica.

No confronto de tais princípios fundamentais, é necessário que sejam eles conciliados, de modo a encontrar-se um ponto de equilíbrio, garantindo-se o duplo grau de jurisdição, sem facultar-se a interposição indiscriminada e ilimitada de recursos. O princípio da justiça, pela garantia de uma nova apreciação, garantiria uma decisão mais próxima da perfeição e o princípio

da certeza jurídica vedaria a eternização do processo⁵. É característica da boa prestação jurisdicional a possibilidade da submissão do julgado a uma nova análise por outro julgador ou colegiado, o que se viabiliza através do princípio do duplo grau de jurisdição.

Ada, Cintra e Dinamarco apontam uma corrente doutrinária, segundo a qual existem três circunstâncias contrárias ao princípio do duplo grau de jurisdição: a possibilidade de injustiça por parte da jurisdição superior; a inutilidade da decisão quando confirma a de primeiro grau e a nocividade da decisão que empresta interpretação divergente à de primeira instância, por dar margem a incertezas nas relações jurídicas e desprestígio ao Poder Judiciário⁶.

Entendem os citados autores que, apesar dessas ponderações teóricas, o duplo grau de jurisdição é recomendável, pois além de ser o órgão revisor um colegiado, é geralmente formado de magistrados mais experientes. Também apontam a justificativa psicológica, segundo a qual o juiz de primeira instância emprestaria maiores cuidados a uma decisão que poderia ser reapreciada.

O cuidado do juiz tanto pode derivar de um certo temor funcional, quanto do orgulho profissional. Uma sentença concluída e publicada passa a fazer parte da história da vida do magistrado e da própria história geral, pois contém elementos analíticos da sociedade, do momento histórico, das partes envolvidas, da matéria debatida etc.

A Constituição Federal em vigor não estabelece entre os seus princípios o direito ao recurso e, portanto, ao duplo grau de jurisdição. Conquanto se considere que o direito ao duplo grau de jurisdição é um princípio constitucional, posto que defluente de seus dispositivos, tal princípio processual não é expressamente considerado na atual Carta Constitucional⁷.

O fundamento político a militar em favor da preservação do duplo grau é que nenhum ato estatal pode escapar da fiscalização, tratando-se de uma controle interno, exercido por órgãos da jurisdição diversos do que julgou em primeiro grau a aferirem a legalidade e a justiça da decisão por este proferida⁸.

⁵. Grinover, Scarance & Magalhães. *Recursos no Processo Penal*, SP, RT, 1996, p. 21.

⁶. *Teoria Geral do Processo*, Editora Revista dos Tribunais, 6ª edição, SP, 1987, p. 12.

⁷. Grinover, Scarance & Magalhães. *Recursos no Processo Penal*, SP, RT, 1996, p. 23.

⁸. Grinover, Scarance & Magalhães. *Recursos no Processo Penal*, SP, RT, 1996, p. 22.

Existe recurso obrigatório e recurso facultativo. O primeiro decorre de expressa disposição legal, visando a proteção de interesses públicos relevantes, sendo excepcionalmente utilizados. Trata-se de condição de eficácia da sentença, que embora existente e válida, somente produzirá efeitos depois de confirmada pelo tribunal⁹. No processo civil as hipóteses estão previstas no artigo 475, do CPC, e no processo penal nos artigos 411 e 574, do Código de Processo Penal. O segundo (facultativo) resulta da vontade do sucumbente, sendo desse tipo a grande maioria dos recursos existentes previstos na legislação processual civil.

Sujeitam-se aos recursos não só as grandes causas, como também as pequenas. A lei não faz distinção, para fins de recurso, das causas de reduzido valor econômico e que versem sobre determinada matéria, a não ser na hipótese do artigo 34, da Lei nº 6.830/80. A princípio todas elas merecem o mesmo tratamento.

5. Efeitos dos Recursos - Por que se possibilita a apresentação de recursos e a rediscussão da matéria já objeto de apreciação pela instância inferior? Qual a finalidade de permitir-se a interposição de questionamentos a serem respondidos pelos órgãos da segunda instância?

Sabendo-se da falibilidade do ser humano; da esperança do jurisdicionado de uma reforma da decisão que lhe foi contrária e da possibilidade de que isso ocorra; da quase sempre maior experiência dos julgadores do recurso; do controle indireto que se exerce sobre o julgador de primeira instância ao submeter a sua decisão a nova apreciação; de outras razões endógenas ou exógenas, justifica-se a existência e a previsão dos recursos.

E quais são os seus efeitos?

5.1 - *Impedimento do trânsito em julgado*

José Carlos Barbosa Moreira salienta que efeito comum e constante de todos os recursos, desde que admissíveis, é o de obstar, uma vez interpostos, ao trânsito em julgado da decisão impugnada. No direito brasileiro, acrescenta o citado autor, a coisa julgada, formal ou material, jamais se constitui enquanto a decisão comporta algum recurso, seja qual for.

⁹ Nery Júnior, Nelson e Nery, Rosa Maria Andrade. - *Código de Processo Civil Comentado*, 2ª ed., SP, RT, 1996, p. 849.

Esse efeito é importante para a determinação da natureza da execução instaurável, a qual será sempre provisória, como resulta claramente do disposto no artigo 587, do Código de Processo Civil.

5.2 - *Efeito suspensivo*

Tal efeito prolonga o estado de ineficácia em que se encontra a decisão. Para Barbosa Moreira a denominação “efeito suspensivo”, apesar de tradicional, é, a rigor, inexata, por alcançar também decisões meramente declaratórias e as constitutivas.

5.3 - *Efeito devolutivo*

Operando-se este efeito, a apreciação da questão contravertida, e apenas esta, é “devolvida” ao órgão de segunda instância. Não abrangendo a totalidade da matéria impugnada, será tal recurso parcial. Na hipótese contrária será total.

Barbosa Moreira leciona, ainda, que, nos casos de recursos de agravo de instrumentos e embargos de declaração, é do próprio órgão a competência para reexaminar a matéria impugnada. Não sendo sua a competência, fica-lhe vedado praticar qualquer ato que importe em modificação total ou parcial do julgamento, salvo correções de erros materiais.

6. O Duplo Grau na Lei das Execuções Fiscais - A Lei das Execuções Fiscais (Lei 6.830/80) no artigo 34 fez, de certa forma, ripristinar os efeitos do revogado artigo 839, do Código de Processo Civil, de 1939, que dispunha sobre os “embargos de alçada”, nas causas de valor de até dois salários mínimos.

O citado artigo 34 determina que “das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN só se admitirão embargos infringentes e de declaração”. O parágrafo segundo, do mesmo artigo, por sua vez, completa que “os embargos infringentes, instruídos, ou não, com documentos novos, serão deduzidos, no prazo de dez dias, perante o mesmo juízo, em petição fundamentada”.

Observa-se, então, que ambos seriam deduzidos perante o mesmo juízo, constituindo juízo de retração, vencidos os requisitos de admissibilidade impostos.

Apesar de alvo de muitas críticas por parte de alguns doutrinadores, foi reconhecida a constitucionalidade do citado artigo pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal (2ª turma, Ag. 114.709 - 1 Ag. Reg. - CE - Rel. Min. Aldir

Passarinho, j. 29.05.87). Hoje pacificou-se a providência segundo a qual a revogada ORTN foi substituída pela UFIR, persistindo a equivalência valorativa na data da extinção da primeira.

Segundo Vicente Greco Filho embargos infringentes da Lei de Execução Fiscal desatendem ao princípio do duplo grau de jurisdição e as finalidades da justiça¹⁰.

Mas, mesmo após o advento da Lei nº 8.197, de 27/06/91, que revogou a Lei nº 6.825 de 22.09.80, continua em vigor o artigo 34, da Lei nº 6.830, de 22.09.80 (Lex 1991/522, RDA 184) 329 Bol. 12/91 do TRF 3ª Reg. P. 25).

Conquanto envolva matéria de tal relevância, qual seja a relativa aos interesses fiscais, públicos por excelência, os recursos interpostos em ações que tenham como valor da causa quantia inferior ao limite fixado estão sujeitos apenas ao crivo do Juízo de 1º grau. Eventual provimento do recurso de embargos infringentes, deduzidos perante o mesmo juiz que decidiu a questão, deixa o vencido sem outro recurso que não o de conformar-se com a decisão proferida.

A adoção dos embargos infringentes, continua Vicente Greco Filho, eliminam os agravos de instrumento e os recursos especiais, restando apenas o recurso extraordinário, pois a Constituição não exige que a decisão recorrida seja de tribunal, bastando que seja de única vez última instância¹¹.

Mas, embora eliminados o agravo e o recurso especial, como dito acima, pensamos que, nos termos do artigo 524, do Código de Processo Civil, havendo sério fundamento a justificá-lo, não se poderá obstar que a instância superior conheça do recurso e, se for o caso, lhe dê prosseguimento, para determinar a subida do inconformismo voluntário à reapreciação no segundo grau de jurisdição. Recurso, neste caso, somente o agravo de instrumento que verse sobre o valor da causa ou admissibilidade do recurso de apelação. Só o Tribunal pode se pronunciar, dizendo quanto a sua competência para apreciar, em grau de recurso, determinada questão. Assim tem definido a jurisprudência.

7. O Depósito Recursal na Justiça do Trabalho - Parece unânime na doutrina que a natureza jurídica do depósito recursal é a antecipação garantida da execução futura e não mera limitação do exercício do direito de recorrer consagrado pela Magna Carta¹².

¹⁰. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2º vol., Saraiva, SP, 11ª ed., 1996, p. 348.

¹¹. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2º vol., Saraiva, SP, 11ª ed., 1996, p. 348.

¹². Amauri Mascaro do Nascimento, *Revista LTr*, ano 57, nº 2, p. 57.

O Tribunal Superior do Trabalho, em sua composição plena, ao expedir a Instrução Normativa nº 3, de 05 de março de 1993, declara expressamente que “os depósitos não têm natureza jurídica de taxa de recurso, mas de garantia do juízo recursal, que pressupõe decisão condenatória ou executória de obrigação de pagamento em pecúnia, com valor líquido ou arbitrado”.

A Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 889, estabelecia constituir pressuposto indispensável ao recebimento do recurso, o depósito à ordem e disposição do juízo trabalhista da quantia equivalente a dez vezes o salário de referência regional.

Isso implica numa antecipação da execução da condenação, representando uma garantia para o reclamante vitorioso em primeira instância. Por outro lado, o depósito não causa, por si só, grande prejuízo ao reclamado sucumbente, na hipótese de reforma de sentença de primeiro grau, visto que poderá ele efetuar o levantamento da citada quantia, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

De outro modo, como esclarecido pelo Enunciado nº 161, do Tribunal Superior do Trabalho, “se a condenação não envolve pagamento, como nas reclamações declaratórias, e se a decisão apenas determina que o empregador anote a carteira de empregado, não é necessário o depósito. O depósito é uma garantia de pagamento. Se não há pagamento a ser feito não há depósito”.

A Revista LTr. (ano 57, nº 02, fevereiro de 1993) conta com variados estudos, de diversos juristas, os quais comentam desde a constitucionalidade da exigência do depósito recursal até o cabimento da sua complementação em caso de novos recursos nos mesmos autos, a sua reiteração, o seu cabimento nos embargos de declaração e nos dissídios coletivos, assim como o seu montante.

Aroldo Plínio Gonçalves, apreciando a Lei 8.542, de 23 de dezembro de 1993, comenta que “não se pode olvidar que o depósito visa garantir o Juízo. Seu valor será igual ao da condenação ou menor do que ela, mas não poderá ser superior a ela”.

Acrescenta que o depósito é requisito objetivo de admissibilidade do recurso e se cumprido regularmente, no limite do prazo recursal, estará, conseqüentemente, observada a exigência legal que sobre ele incidia para a interposição, que é ato diverso de julgamento e, portanto, do conhecimento do apelo.

Conclui que a nova sistemática da disciplina do depósito recursal concorreu para uma maior celeridade na satisfação dos direitos reconhecidos na sentença condenatória, permitindo a aproximação dos valores do depósito do valor da condenação, e contribuindo para que os recursos sejam utilizados com maior parcimônia, pois se tornaram mais onerosos, sem que fosse extinta a possibilidade de sua utilização.

Observa-se não existir dispositivo legal exigindo o depósito prévio para as ações rescisórias, que tanto na Consolidação das Leis de Trabalho (art. 836) como no Código de Processo Civil (artigos 485 e seguintes), não integra o capítulo dos recursos. A Consolidação, inclusive, expressamente exclui a necessidade do depósito prévio previsto nos artigos 488, inciso II e 494, do Código de Processo Civil.

8. Constitucionalidade do Depósito Recursal - O Ministro Francisco Rezek, em despacho apreciando o pedido de liminar formulado nos autos da Ação de Inconstitucionalidade nº 836-6-DF, proposta pela Confederação Nacional da Indústria, na qual alegava a autora que a aplicação do artigo 8º, da Lei nº 8.542, de 23 de dezembro de 1992, impediria ou, no mínimo, limitaria a utilização de recursos previstos na legislação trabalhista, afirmou que, conquanto nova a norma atacada, não conseguiu divisar nela “mais do que alterações de índole quantitativa a um arcabouço normativo preexistente”.

Acrescenta o ilustre ministro que não lhe parece, “em absoluto, que a exigência de depósito atente contra a prerrogativa, que a Constituição assegura, de ampla defesa com todos os recursos a ela inerentes. Podemos ir além. Mesmo quando o depósito que se exige, dentro de determinada trilha processual, não é estritamente destinado a garantir a execução. Ele pode não ter esse propósito, ele pode existir, não obstante, e ele não há de ser entendido pelo só fato de existir como um obstáculo à fluência normal de recursos”.

Em seguida, citando o Ministro Marco Aurélio Mendes de Mello, profundo conhecedor da Justiça do Trabalho, onde durante muitos anos e com tanto brilho, exerceu suas atividades como ministro, lembra que “o depósito recursal está vinculado a um valor de condenação, e como esse em geral é indeterminado, o que se leva em conta é aquele valor arbitrado para o cálculo das custas que, na realidade objetiva, é sempre inferior, e acentuadamente inferior ao conteúdo econômico das sentenças proferidas”.

Amauri Mascaro Nascimento, analisando o artigo 8º, da Lei nº 8.542, de 23 dezembro de 1991, quanto ao depósito nos recursos de cognição, diz não ser ele inconstitucional “porque antes já era previsto nas leis de igual qualidade que a precederem e que não foram declaradas inconstitucionais pelos Tribunais”. (LTr 57/02/143).

Destacou o articulista os três pontos contidos na Instrução Normativa nº 2, de 1991, do TST: “primeiro, a natureza jurídica do depósito como garantia do juízo e não de taxa para recurso; segundo, a sua limitação ao valor líquido ou arbitrado ou, quando superior, aos limites legais; terceiro, a sua finalidade de complementação e não de renovação. O depósito do valor total da condenação, exaure a obrigação”.

Os mesmos advogados e as mesmas partes que, indignados, clamam pelo estrito respeito e pela completa submissão a todo princípio processual inserto em qualquer diploma legislativo, são os mesmos que dizem ser os processos em curso perante os juizados especiais iguais aos outros e tão morosos quanto eles.

E eles têm toda a razão, pois enquanto representantes dos partícipes da relação processual, integrando-a diretamente, são parciais e objetivam interesses individuais e particulares definidos.

Parece mais ou menos pacífica a conclusão quanto à constitucionalidade do depósito recursal e quanto à fragilidade da repulsa ao cabimento da exigência do mesmo em cada recurso interposto.

9. O Depósito Recursal no Juizado Especial Cível - Cabendo ao magistrado dos Juizados Especiais Cíveis, por força de expresso dispositivo legal (artigo 5º, da Lei nº 9.099/95), dirigir o processo com ampla liberdade, para dar especial valor às regras da experiência comum ou técnica, não lhe é defeso fixar como pressuposto necessário ao recebimento do recurso, o depósito da condenação imposta.

E nem se argumente que a ampla liberdade concedida ao Juiz o seja apenas para a determinação das provas, pois tal dispositivo está inserto no capítulo II, que cuida do Juiz, dos Conciliadores e dos Árbitros. Quanto às provas, dispõe sobre elas a Seção XI, notadamente o artigo 33.

Orlando Teixeira da Costa, então ministro do Tribunal Superior do Trabalho, discorrendo sobre a atual posição das partes no processo, comentou o que parece bastante apropriado para o presente estudo. Disse aquele eminente magistrado que “o ideal é que as partes, antes de se antagonizarem,

dialoguem e transijam, de modo que nenhuma das duas fique prejudicada e que os egoísmos sejam superados e venha prevalecer o espírito de colaboração mútua”. Acrescentou, ainda: “isso não será possível, entretanto, se nós juízes nos sujeitamos à burocratização do direito, apenas como expressão do seu processo de racionalização¹³”.

A imposição do depósito recursal, como pressuposto de admissibilidade do recurso, pode ser feita tanto em favor do autor vitorioso como em favor do réu vencedor que tenha apresentado pedido contraposto (art. 31, da LPC).

Para que a parte possa fazer o depósito, desde logo é preciso que a sentença estabeleça o valor exato a ser depositado, respeitando o limite de vinte salários mínimos estabelecido pela LPC. Esta imposição pode ser inferida da própria lei que no artigo 38, parágrafo único, estabelece não ser possível ao juiz proferir sentença ilíquida, ainda que genérico o pedido.

Tem tal dispositivo o objetivo específico de evitar que o sucumbente apresente recurso com a única e exclusiva finalidade de protelar o cumprimento do julgado, principalmente nos Estados que não tenham instituído os juizados especiais com competência própria para a execução direta e completa de seus julgados.

Luiz Gonzaga dos Santos afirma ser a celeridade mais do que um critério, sendo o próprio fim colimado pelo legislador, com vistas a uma prestação jurisdicional rápida, sem que se afete a segurança da mesma jurisdição prestada, pois a simplicidade, a oralidade, a informalidade e a economia processual desembocam numa prestação jurisdicional célere¹⁴.

10. Comentários Finais - O Ministro Nelson Hungria, em discurso proferido na Faculdade de Direito de São Paulo, em 1954, disse que as nossas leis surgem “como alguém que vai a festa de batizado sem ser convidado, mudando-se de lei como se muda de camisa, reformando-se periodicamente as leis sem quê nem para quê, ou pelo só capricho de as reformar. E quase sempre para pior”¹⁵.

¹³. Costa, Orlando Teixeira da - *Justiça e Paz*, in Revista LTr., nº 02, ano 57, 1993, São Paulo.

¹⁴. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis Anotada*, Leud, RJ, 1996, p. 3.

¹⁵. Nelson Hungria e Heleno Fragoso, *Comentários ao Código Penal*, Ed. Forense, Vol. VI, RJ, 1982, p. 278.

Embora o problema tenha sido vivido também nos Estados Unidos da América, ultrapassaram-no eles, alcançando o Poder Judiciário o respeito merecido e firmando a Suprema Corte a sua autoridade de guardião da Constituição.

Interessante é notar que o papel de guardião da Constituição Americana foi tomado pela própria Suprema Corte, independentemente de previsão constitucional a respeito, ao contrário do que acontece no Brasil, a teor dos incisos I, e 102, III e Parágrafo único, do artigo 102, da Constituição Federal.

Bernard Schwartz afirma categoricamente que “a autoridade dos tribunais americanos para rever a constitucionalidade das leis não se origina de qualquer delegação expressa na Constituição. Tal poder foi assumido pela própria Corte Suprema numa das mais ousadas decisões já tomadas por um tribunal de justiça¹⁶”.

Theotônio Negrão comenta caber ao magistrado, no silêncio da lei, encontrar soluções que atendam aos seus critérios informativos, afastando-se das preconizadas no Código de Processo Civil ou em leis especiais, que entrem em conflito com qualquer desses critérios, observando, mais uma vez, que a lei tomou o cuidado de não indicar o Código de Processo Civil como legislação supletiva, nos casos omissos¹⁷.

Interessante comparação fez o citado Ministro Orlando Teixeira da Costa, ao dizer que “o Código Buzaid nos vinte anos de sua existência (agora mais de vinte e cinco), causou mais danos à prestação jurisdicional trabalhista (e eu acrescentaria, também, à jurisdição comum) do que um abalo sísmico de alta intensidade, eis que ao ingressar na magistratura, na década de cinquenta, o processo laboral era de uma informalidade notável”.

Luiz Fux, citando Mauro Cappelletti, assegura que o juiz deixou de ser observador do processo passando a influenciar diretamente na solução do conflito e isso fez aumentar o seu compromisso e a sua responsabilidade pelo bom funcionamento da Justiça¹⁸.

“O juiz”, diz Dinamarco, “especialmente em tempos de crise e de mudanças como este em que vivemos, está sempre pressionado pelas forças opostas que caracterizam a já denunciada tensão entre a norma e a realidade:

¹⁶. *Direito Constitucional Americano*, trad. Carlos Nayfeld, Forense, RJ, 1966, p. 24.

¹⁷. Negrão, Theotônio - *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, Editora Revista dos Tribunais, 24ª edição, 1993.

¹⁸. Fux, Luiz e Batista, Weber - *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão do Processo*, Forense, RJ, 1998, p.10.

de um lado, sujeito ao “governo das leis”; de outro, responsável pela efetividade de um direito progressivo, para a qual é indispensável “ponderar as exigências sociais, econômicas, morais, que se dão na coletividade”. Para ser correto o modo de exercer seu ofício, acrescenta, o juiz há de preservar “um equilíbrio estável entre o imperativo axiológico e a segurança jurídica”¹⁹.

Ernani Fidelis dos Santos, em sua **Introdução ao Direito Processual Civil Brasileiro**, interpretando o Código de Processo Civil de 1973, afirma ser “muito natural, porém, que o projetista se orientasse na doutrina que mais julgasse própria ao processo, donde não haver nenhuma dúvida de que a estrutura do Código, nos seus fundamentos básicos, atendeu à teoria de Liebman sobre jurisdição, processo e ação”. Acrescenta que houve a preocupação quanto ao estabelecimento de “critérios mais práticos e lógicos para a resolução dos litígios, inclusive adiantando-se de conquistas anteriores, remodelando institutos e, sobretudo, construindo estrutura própria para bases futuras”²⁰.

Mais adiante, o mesmo processualista, comentando a estrutura do novo Código de Processo Civil que, repetimos, não foi adotado pelo Legislador Pátrio como legislação supletiva para os Juizados Especiais Cíveis, salvo quanto à execução, arremata “que, infelizmente, as maiores falhas que se lhe atribuem, além de serem matéria procedimental secundária, estão, na maior parte das vezes, sendo fruto de descuidadas interpretações”. (pp. 122/123)

Isso deveria animar os magistrados brasileiros a se desvincularem dos pesados fardos que os atam aos princípios de leis não mais em vigor. Não me refiro a adoção, pura e simples, do direito alternativo, mas à salutar e correta aplicação da lei no sentido da verdadeira justiça. Não se pode criar impedimentos onde eles não existem.

11. Conclusão - Com base nas razões acima declinadas, entendo não representar qualquer violação aos dispositivos da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e ao direito subjetivo processual das partes, a determinação judicial feita na sentença de que o sucumbente efetue o depósito do valor da conde-

¹⁹. Dinamarco, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, Malheiros, SP, 3ª ed., 1993, p. 198.

²⁰. Ernani Fidelis dos Santos, *Introdução ao Direito Processual Civil Brasileiro*, Forense, 1ª ed., 1978, p. 15.

nação, impondo tal ônus como requisito e pressuposto de admissibilidade do recurso de apelação.

É necessário, no entanto, que o valor a ser depositado seja limitado ao montante da condenação ou ao teto estabelecido na Lei (quarenta salários mínimos). Ultrapassar tal valor poderia representar um obstáculo intransponível à subida do recurso, inviabilizando a utilização de um direito assegurado pela lei.

Também não vejo nenhuma ilegalidade em determinar o juiz do Juizado Especial Cível que seja acrescentado o percentual de vinte por cento sobre o valor da condenação, a título de honorários advocatícios, posto que, inegavelmente, ao sucumbente será imposto o ônus de arcar com os honorários previstos no artigo 55, da Lei nº 9.099/95.

O que se pretende, com essa medida, é evitar que os juizados passem a ter mais processos em fase de execução do que processos em andamento à espera da cognição, como parece ser o que já está ocorrendo. Não se pode descurar que a maioria dos réus são grandes empresas, muitas vezes acusadas de atentar contra os direitos dos consumidores: planos de saúde, grandes lojas de departamentos, empresas de ônibus, de telecomunicações, bancos, empresas de aviação etc... Para esses não representaria qualquer abalo financeiro a imobilização de uma pequena quantia por algum tempo. Sendo vencedor do recurso, o dinheiro seria levantado com juros e correção monetária. Persistindo a sucumbência, desnecessários seriam para o credor vitorioso os percalços de uma execução demorada e desgastante.

Não se pode, também, ignorar a existência de uma sentença, fruto de um labor intelectual sério e respeitado pela lei que lhe confere a natureza de título executivo. Presume a lei que não se pode contestar um pedido nela baseado, sem uma prévia garantia através da penhora. A sentença deve ser prestigiada, pois as alegações de que o juiz erra ou de que representa uma violência a submissão do recurso a um prévio depósito, não tem fundamento de argumentos sólidos, tanto isso é verdade que a própria Constituição não erigiu o duplo grau de jurisdição à categoria de princípio ou de garantia.

As estatísticas também não mentem: a maioria das sentenças são confirmadas, sendo poucas as decisões que são reformadas. As modificações das sentenças, em grande parte, atingem apenas parte do conteúdo das mesmas. Mesmo as reformas impostas pelo segundo grau de jurisdição, no juízo comum, estão sujeitas ao crivo do “terceiro” e do “quarto” graus, não sendo imunes a novas alterações. Isso não ocorre com tanta frequência,

mas também ocorre.

Entendendo-se que o sucumbente tanto possa ser o réu quanto o autor em face de quem foi contraposto o pedido, a cada um deles, de acordo com as circunstâncias, deverá ser imposta tal obrigação. Importante é que o depósito, efetivamente, garanta uma imediata satisfação do julgado, pelo menos em favor da parte inicialmente vitoriosa.

Concluindo lembramos a advertência feita por Geraldo da Silva Bastista Júnior, para quem a Justiça não pode ser “refém de dogmas do processo ordinário, de cujos problemas quis o legislador se libertar no âmbito dos Juizados” e que “não basta um sistema novo de Justiça, é preciso também uma mentalidade nova para lidar com ele”²¹. ◆

²¹. *Da Possibilidade de Julgamento Ultra e Extra Petita nos Juizados Especiais Cíveis*, in Revista da EMERJ, Volume I, nº 3, 1998, RJ, p. 53.

Dos Limites da Exceção de Pré-Executividade

ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA

Juiz de Direito do TJ/RJ

O art. 736 do CPC estabelece que “o devedor poderá opor-se à execução por meio de embargos”, fixando a regra geral de que à ação de execução proposta pelo credor, dispõe o devedor de sua própria ação de embargos, de natureza cognitiva e incidental àquela¹. Assenta-se assim, que a ação de embargos não tem natureza autônoma, sendo sempre dependente da preexistência de uma ação de execução – por isso, incidental². Pretende o devedor, ao deduzir sua pretensão ao juiz da execução, que emita pronunciamento judicial no sentido de (a) declarar a inexistência da obrigação executiva do devedor, ou (b) desconstituir o título executivo, total ou parcialmente. No primeiro caso, em se acolhendo os embargos, a ação de execução será extinta pela declaração de inexistência de obrigação material de crédito, embora existente o título executivo (v.g., “pagamento”, “novação” etc.); na segunda hipótese, a ação de execução, da mesma forma, será extinta pela desconstituição integral do título executivo, em razão do reconhecimento de alguma causa de invalidade material ou processual (v.g., “inexigibilidade do título”, “ilegitimidade das partes”); ou, por fim, a ação de execução terá

¹ A natureza dos embargos do devedor, se é ação ou defesa, embora tenha sido objeto de acirradas disputas doutrinárias por várias décadas, principalmente desde o Código de Processo Civil de 1939, pacificou-se, presentemente, em classificá-la como verdadeira ação de conhecimento, seja declaratória ou desconstitutiva positiva ou negativa.

² A natureza incidental não guarda natureza com seu processamento, ou seja, a forma como a parte apresenta seu pedido ao órgão julgador (ou autos apartados ou não). A incidência se caracteriza pela exigência processual de a pretensão ser deduzida através de pedido próprio, sobre o qual deverá o Juiz proferir julgamento de procedência ou improcedência (*latu sensu*) e também, pela exigência de preexistir uma demanda anterior, proposta pela parte contrária. Além disso, a natureza incidental da ação implica na suspensão da ação anterior, total ou parcialmente. É de se ter em consideração, atualmente, a oposição de embargos “nos autos da execução”, nas ações propostas perante o Juizado Especial Cível (Lei nº 9.099/95, art. 52, inc. IX) e os embargos oferecidos na ação monitória, quando “serão processados nos próprios autos” (CPC, 1102, parágrafo 2º). Conclui-se, assim, que a incidentalidade não tem relação processual com a formação de “autos apartados”. Não há que se confundir, também, com a reconvenção (CPC, 315), espécie de defesa do réu.

prosseguimento normal, mas o título executivo será reduzido em seu valor ou em sua correspondente obrigação material (v.g., “cumulação indevida de execuções”, “excesso de execução”). A correlação processual e material existente entre a ação de execução e ação de embargos do devedor se revela nítida e complexa, ensejando apurado rigor técnico quando da decisão dos embargos, a fim de se evitar prejuízos ao credor na eventual possibilidade de se prosseguir a execução.

A natureza incidental da ação de embargos, a seu turno, implica na relação de prejudicialidade de seu julgamento em relação à ação de execução. Ambas as ações são vinculadas por conexão³ (CPC, 103), em razão da identidade do objeto: na ação de execução, o objeto mediato é a satisfação do credor decorrente da obrigação do devedor imposta pelo título executivo; na ação de embargos, é a negação, total ou parcial, da obrigação ou da higidez formal ou material do título executivo. A prejudicialidade do conhecimento da matéria deduzida nos embargos impõe, desta forma, o reconhecimento de sua prejudicialidade processual, determinando a suspensão do prosseguimento do processo da ação de execução (CPC, 739, parágrafo 1º)⁴. Segundo a norma legal “os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo”, podendo a execução ter seu prosseguimento normal “quanto à parte não embargada” (CPC, 739, parágrafo 2º). Suspende-se o curso da ação de execução até o julgamento dos embargos (e não o “julgamento definitivo”⁵), a fim de possibilitar ao juiz analisar a subsistência da obrigação ou do título executivo.

³ A conexão é pressuposto processual da prejudicialidade, conforme bem acentua José Carlos Barbosa Moreira, em alentada monografia *A Conexão como Pressuposto da Prejudicialidade* (Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1979).

⁴ A suspensão da ação anterior (v.g. execução, monitória, conhecimento etc.) é imposição da lógica do sistema processual; a paralisação momentânea da ação de execução, em detrimento do direito do credor (CPC, 612: “a execução se faz no interesse do credor”) é medida de prudência, pois o prosseguimento indiscriminado da execução, até a últimação da venda dos bens do devedor, resultaria em situação de severa injustiça (às vezes, irreparável), em caso de acolhimento (“procedência”) dos embargos. A técnica processual, no entanto, tem mitigado o princípio da suspensão, através da recente modificação do art. 739 do CPC, autorizando a suspensão parcial, prosseguindo-se “a execução quanto à parte não embargada”. Ver também o disposto no art. 1.052 do CPC, que trata dos embargos de terceiro.

⁵ O julgamento definitivo dos embargos somente ocorrerá após o trânsito em julgado da sentença. Sujeita esta ao recurso de apelação recebido sem efeito suspensivo (CPC, 520, V), a execução prosseguirá sem transmutar sua natureza jurídica em provisória (CPC, 587), como alguns doutrinadores defendem. A norma legal disposta neste artigo estabelece que “a execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial”; diversamente, é provisória quando a sentença - leia-se, título executivo judicial -, “for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo”. O sistema adotado pelo legislador pátrio pode causar alguma surpresa; com efeito, se a suspensão da ação

A suspensividade da ação de execução, no entanto, ao passo que representa um encargo suportado pelo credor, correlativamente, impõe ao devedor a segurança do juízo (CPC, 737). Para oferecer embargos e obter a suspensão da execução, o devedor deve oferecer meios patrimoniais, posto que a execução “tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor” (CPC, 646). Querendo (re) discutir o título executivo (obtido por livre declaração de vontade ou através de processo jurisdicional), o devedor deverá garantir ao credor que, ao cabo do processo, dispõe de meios patrimoniais suficientes para cumprir com sua obrigação (CPC, 591). O oferecimento dos embargos (CPC, 738) é direito do devedor; o juiz no entanto, apenas poderá recebê-los após “seguro o juízo”, posto que, enquanto não realizada a penhora ou o depósito (CPC, 737, I e II), os embargos “não são admissíveis”. A atividade jurisdicional, neste momento processual, se limitará a certificar a garantia do juízo e, em sendo inexistente, proferirá sentença⁶, extinguindo, desde logo, a ação de embargos e prosseguindo a ação de execução até a ultimação dos atos de constrição patrimonial.

Ocorre que, na maioria das vezes, o oferecimento dos embargos pelo devedor não tem por escopo, apenas “suspender a execução”, mas, eventual-

execução se deve à possibilidade de se declarar a inexistência da obrigação ou a insubsistência total ou parcial do título executivo, tal possibilidade ainda persistiria após o julgamento dos embargos, pois, hipoteticamente, poderia a apelação interposta pelo interessado (no caso, o devedor, maior prejudicado pelo prosseguimento da ação de execução), reformar, total ou parcialmente a sentença, com evidente e, às vezes, irreparável prejuízo. No entanto, a opção do legislador é clara: em caso de título executivo judicial, a execução será definitiva apenas após o trânsito em julgado da decisão (CPC, 512: sentença ou acórdão), quando a pretensão de resistência do réu (e agora, devedor) já foi refutada definitivamente; em caso de execução de título extrajudicial, é a lei quem supõe a higidez da sujeição do devedor ao credor, por sua própria vontade. Apenas no caso de execução provisória, isto é, quando a sentença ainda não transitou em julgado, o credor deverá submeter-se às regras do regime da provisoriedade (CPC, 588), principalmente, a vedação expressa de realização de “atos que importem em alienação do domínio” e a prestação de caução. A opção do legislador ao determinar o prosseguimento da execução após o julgamento da ação de embargos, sem transmutar a natureza definitiva da execução, revela plena aplicação do princípio reitor do processo de execução, qual seja, que “a execução se faz no interesse do credor”. Revela, ainda, confiança na certeza e justiça dos julgamentos judiciais, mas, ao mesmo tempo, impõe ao credor o dever de “ressarcir ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que lhe deu causa” (CPC, 574).

⁶ Embora possa haver alguma dúvida quanto à natureza jurídica do ato judicial que “inadmite” os embargos em não se encontrando seguro o juízo, seu componente decisório “pondo termo ao processo” (CPC, 162, par. 1), é evidente, pois os embargos são ação, veiculados em processo próprio incidental. A extinção do processo se dá, no entanto, “sem julgamento do mérito” (CPC, 267, IV), possibilitando a propositura da “mesma ação”, após devidamente seguro o juízo.

mente, cobrar o seu fim, livrando-se da investida do credor e liberando seu patrimônio. A (re) discussão de sua obrigação e da consistência material e processual do título executivo, embora seja um direito do devedor mesmo quando executado, encontra exigência clara na prévia indisponibilidade dominial de seu patrimônio (total ou parcialmente), a fim de garantir o direito do credor à futura e deferida excussão para a satisfação de seu direito. O sistema processual da ação de embargos, desta forma, assenta-se em dois princípios básicos: a possibilidade do devedor (re) discutir sua obrigação executiva e a indisponibilidade prévia de seu patrimônio, como garantia ao credor. O direito⁷ a obter pronunciamento jurisdicional de conhecimento, no entanto, só é admissível após a “segurança do juízo”, ensejando a extinção imediata da ação incidental na hipótese de ausência da constrição patrimonial.

No processo de execução, portanto, embora vigente o direito constitucional da igualdade das partes, da ampla defesa e do juiz natural (em suma, do devido processo legal), as partes se encontram em fase posterior àquela em que figuraram como litigantes, posto que o direito em disputa já se encontra acertado por uma das formas legais pré-determinadas (sentença ou título executivo extrajudicial). Por esta razão, dispõe o art. 612 do CPC que “realiza-se a execução no interesse do credor”, considerando que o devedor encontra-se ungido ao cumprimento de obrigação estabelecida pela lei ou pela sentença, previamente demonstrada pela juntada do título executivo e da prova da verificação da condição ou do termo, trazidos com a petição inicial da execução (CPC, 614). A única obrigação prefacial do credor, portanto, é apresentar seu título e demonstrar sua exigibilidade imediata.

O sistema processual da execução se apresenta fechado em sua dinâmica, com previsão do caminho e das matérias disponíveis ao devedor que pretende resistir à investida do credor: há os embargos do devedor (CPC, 736) e a arguição de nulidade da execução (CPC, 618). Embora o rito dos embargos se encontre devidamente estabelecido no Código, o mesmo não se dá com a alegação de nulidade da execução, mais conhecida hoje pelo

⁷ Mesmo na hipótese de o devedor ser beneficiário da Gratuidade de Justiça, permanece sua obrigação de garantir o Juízo para o exercício do direito de opor embargos à execução; não dispondo de bens para oferecer ou sendo estes insuficientes, há de ser reconhecida sua insolvência civil (CPC, 748: “dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor”).

pomposo nome de “exceção de pré-executividade”. A palavra “exceção” é de uso comum no linguajar jurídico. Em termos amplos, por exceção “se entende qualquer defesa do réu, de natureza processual ou de mérito”⁸.

A “inovação”⁹, objeto de utilização cada vez mais freqüente nos Tribunais de todo o país, é alvo de renhidas disputas doutrinárias e jurisprudenciais, situando-se os debatedores e julgadores, uns, na defesa da possibilidade e oportunidade da manifestação do devedor e outros, no campo diametralmente oposto. A matéria é de extrema relevância, pois através dela pretende o devedor inserir dentro do processo e da ação de execução, uma fase de conhecimento, com oportunidade de juntada de documentos e abertura de prazo para o credor se manifestar, tudo sem ter havido a prévia constrição judicial de bens e sem que, efetivamente, tenha o devedor perdido a oportunidade de apresentar, posteriormente, seus embargos.

A análise dos casos concretos submetidos à apreciação judicial revela que a matéria quotidianamente referida pelo devedor como objeto da exceção, situa-se nos elementos constitutivos do título judicial (sujeitos e obrigação), nos pressupostos do processo e nas condições da ação, deixando as matérias essencialmente de mérito (defesas diretas) para serem deduzidas por ocasião de eventual oferecimento de embargos, restando afastada a extinção imediata da execução.

⁸. Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Tomo II, pág. 189, Ed. Saraiva, São Paulo, 14ª edição, 1991. Em seu estilo próprio, Eduardo Couture diz que “la excepción es, en cierto modo, la acción del demandado” (cf. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, pág. 89, Ed. Depalma, Buenos Aires, 3ª Edição, 1990). Pontes de Miranda assim se refere ao tema, especialmente às exceções processuais: “a exceção nada pede a mais, ou de novo; apenas restringe, na matéria, no espaço, ou no tempo, o pedido do autor ou o seu direito – repele; e o seu ataque, se é certo que agride, só o faz sem negação total do direito do autor. Só se refere à ação ou ao processo” (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo IV, pág. 129, Forense, São Paulo, 1974). A classificação das exceções, em seus pormenores, varia ao sabor das tendências dos doutrinadores. Pode-se assentar, no entanto, que as exceções têm natureza processual ou material. As primeiras, podem ser peremptórias, quando têm por escopo extinguir o processo, sem julgamento do mérito; e dilatórias, quando apenas retardam a apreciação do mérito. As exceções de direito material, também chamadas substanciais, se dirigem diretamente contra o direito ou o fato invocado como fundamento ao pedido do autor, de moldes a obter julgamento desfavorável ao autor. Para uma compreensão imediata do problema, ver Amaral Santos, ob. citada, e, por todos, Pontes de Miranda, ob. citada e Vol. I.

⁹. A “construção” forense nasceu a partir das idéias do grande mestre pandeúutico Pontes de Miranda, quando do oferecimento de parecer, esclarecendo que “quando se pede ao juiz que execute a dívida (exercício das pretensões pré-processual e processual à execução), tem o juiz de examinar se o título é executivo, seja judicial ou extrajudicial” (cf. *Dez Anos de Pareceres*, 1975, Vol. IV, pág. 132, Ed. Borsoi, São Paulo).

Para se manter íntegro o sistema processual, a matéria deduzida sob o novel arcabouço da exceção de pré-executividade, deve conformar-se, como exatidão estrita, ao disposto no art. 618 do CPC, evitando-se, com rigor, transformar o processo de execução em processo de conhecimento. Desta forma, a execução somente deve ser extinta “se o título executivo não for líquido, certo e exigível” (CPC, 618, I) ou “se instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrido o termo” (id., III). A matéria está intimamente correlacionada à obrigação do credor quanto à instrução da petição inicial da execução (CPC, 614). Ao juiz compete, de início, verificar se a petição inicial está completa e acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da ação (CPC, 616), determinando as medidas cabíveis ao seu conserto, para então, “deferir a propositura da execução” (CPC, 617).

No caso de “o devedor não ter sido regularmente citado” (CPC, 618, II), ao invés de extinguir a execução, deve o Juiz determinar a sanação do defeito, atendendo aos princípios processuais de instrumentalidade da forma e da ausência de prejuízo.

A leitura do inc. I do art. 618 permite remissão imediata ao art. 741, incisos II (inexigibilidade do título) e III (ilegitimidade das partes), como matérias típicas de embargos do devedor. Se o título não for líquido e certo, ou não for líquido ou certo, de qualquer forma se apresenta inexigível, estando a fundamentar execução nula desde a sua propositura. As hipóteses legais tem o mesmo desenho da categoria definida como condições da ação. A consequência é a extinção da execução. Da mesma forma, o inc. III do art. 618, referente à não verificação de condição ou termo, implica em remissão ao inc. V do art. 743 do CPC, que trata do excesso de execução. A consequência, de forma idêntica, implica na extinção da execução e não em “redução do excesso”¹⁰. Por fim, a irregularidade da citação no processo de execução também é causa de sua nulidade, cabendo sua regularização e não extinção; não há, no entanto, causa semelhante como matéria de embargos, posto que o inc. I do art. 741 refere-se à “falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento”, ensejando, então, a extinção da execução

¹⁰. As hipóteses legais previstas no art. 743 do CPC como “excesso de execução” implicam em extinção da ação de execução (inc. II, III, IV e V), com a única exceção do inc. I (“quantia superior à do título”), quando a decisão dos embargos produzirá a devida conformação. Há discussão quanto à possibilidade de se prosseguir, devidamente “ajustada”, nas hipóteses dos incisos II (“quando recai sobre coisa diversa”) e III (“quando se processa de modo diferente”), com reabertura dos prazos em favor do devedor, após nova citação.

fundada em título judicial em razão de inexistência de relação processual válida (*rectius*: pressuposto processual de validade).

Dispõe o devedor, assim, de dupla via de defesa: através de petição, nos próprios autos da ação de execução, noticiando ao Juiz a ocorrência da matéria estrita prevista no art. 618 do CPC; e através da propositura de ação incidental, de embargos, nos termos do art. 741 ou 745, do CPC.

O rito do recurso ao art. 618 difere, com acentuada largueza, do procedimento previsto para a oposição dos embargos. De início, a alegação de nulidade da execução pode ser feita através de petição ao Juiz, juntando os documentos indispensáveis à sua demonstração, sendo desnecessária a garantia do Juízo através da realização de penhora. O prazo para a alegação da matéria de nulidade é discutível: ou se recorre ao decêndio estabelecido para a oposição dos embargos (CPC, 738), ou se aplica a norma genérica prevista no art. 185 do CPC, segundo o qual “não havendo preceito legal nem assinatura pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte”. A segunda opção é preferível, pois encontra amparo no art. 598 do Código, o qual manda aplicar “subsidiariamente à execução, as disposições que regem o processo de conhecimento”, sabendo-se que o prazo para a oposição dos embargos é específico e imerso em todo o procedimento especial da ação incidental. Acrescente-se, ainda, que a matéria de nulidade deve ser clara o suficiente para permitir sua pronta aferição, dispensando qualquer extensão probatória de atos a serem realizados em audiência ou através de perícia – o que, às escâncaras, retiraria todo o escopo de matéria de ordem pública, verificável imediatamente após sua alegação. O termo inicial do prazo deve ser fixado a partir da citação para a execução (CPC, 621, 632 ou 652), antes portanto, da realização da penhora e de sua intimação, posto que prescindíveis para a defesa. A fim de garantir o princípio do contraditório, deverá o Juiz conceder o mesmo prazo de 5 (cinco) dias para que o credor se manifeste quanto à alegação de nulidade, facultando ao mesmo a juntada de documentos em contrafação. Em seguida, proferirá decisão, de natureza interlocutória, em caso de rejeitar o pedido de extinção da execução por nulidade, ou sentença, em acolhendo a tese do devedor. É importante anotar que, durante todo o transcurso deste procedimento (dentro da ação de execução), o processo de execução continua seu curso natural, procedendo-se à penhora e sua respectiva intimação, posto que a alegação de nulidade não tem o condão de suspender a prática dos atos posteriores a citação. Por outro lado, a possibilidade que o devedor tem

de obter a extinção da execução sem ter indisponibilizado parcela de seu patrimônio, representa um ganho de tempo e atos processuais. A vantagem reside na solução que o incidente possa vir a ter, antes de se iniciar o prazo para o oferecimento dos embargos, sob pena de sua preclusão. A alegação de nulidade da execução, no entanto, não retira o ônus de oferecer embargos, não servindo como seu substituto procedimental ou de mérito.

Há de se analisar a repercussão da decisão que rejeita a alegação de nulidade da execução, prolatada com base no art. 618 do CPC, com aquela a ser proferida na ação de embargos, pois há matérias idênticas, conforme visto acima. Assinale-se, de início, que não há proibição legal de o devedor alegar a mesma matéria quando da oposição dos embargos, eis que se trata de ação absolutamente nova, embora entre as mesmas partes. Assim, optando o devedor por alegar as questões referentes a “inexigibilidade do título” (CPC, 741, II c/c 618, I) ou ter sido a execução proposta quando não verificada a condição ou ocorrido o termo (CPC, 618, III c/c 743, V), não se encontra o Juiz ungido à decisão primeva, posto que, após realizada a fase de provas (inclusive oral e pericial) poderá proferir sentença onde venha a acolher os argumentos que houve por bem em rejeitar, anteriormente, quando fundamentado em mera prova documental¹¹. Saliente-se, também, que a rejeição da alegação de nulidade da execução desafiou decisão interlocutória, a qual é infensa a produzir coisa julgada material, possibilitando, apenas, o efeito preclusivo da alegação no mesmo processo (isto é, de execução). Quanto à matéria prevista no inc. II do art. 618 do CPC, referente à irregularidade da citação do devedor (repita-se, para a ação de execução), não haverá possibilidade de reapreciação da decisão, porquanto, em rejeitando a tese, o processo prosseguirá até a realização da penhora e sua intimação, com oferecimento eventual de embargos, onde o ato já terá sido sanado.

Dentre as hipóteses elencadas como causa de nulidade da execução, não há nada expressamente referente aos pressupostos processuais¹².

¹¹. A hipótese se apresenta remota, porquanto a prova oral (depoimento pessoal e oitiva de testemunhas) dificilmente poderá elidir a força probante de um documento produzido por qualquer das partes; quanto à prova pericial, a hipótese merece ser tratada diante do caso concreto.

¹². Sobre pressupostos processuais, a doutrina muito discute, cada autor apresentando um rol extenso das matérias que devem figurar nesta qualidade. Seguimos o entendimento de Arruda Alvim, trazido em sua magnífica obra *Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo de Conhecimento* (2 volumes, Ed. RT, São Paulo, 1972). Em súmula apertada, disciplina o Mestre que os pressupostos processuais dizem respeito à demanda, às partes e ao Juiz, sendo os primeiros, de natureza objetiva e os dois últimos, de natureza subjetiva (pág. 281 e seguintes, Vol. I).

No entanto, como matéria de ordem pública (CPC, 267, IV c/c 267, parágrafo 3º), conhecida de ofício pelo Juiz, o devedor poderá deduzi-la, também através de simples petição, obedecendo ao mesmo rito disposto “informalmente” para o art. 618 do CPC, pois a ausência dos pressupostos processuais ensejará a nulidade da execução.

Assenta-se, assim, que os limites da novel (?) “exceção de pré-executividade” se encontram bem definidos no art. 618 do CPC, inc. I e III, possibilitando que o devedor dirija petição ao Juiz da execução, sem estar garantido o Juízo pela penhora ou pelo depósito, com requerimento expresso no sentido de ser extinta a execução em razão de sua nulidade insanável. O risco, no entanto, é exclusivamente seu, posto que o expediente não tem o condão de suspender o curso da execução e seus prazos peremptórios, especialmente para oferecimento de bens à penhora (ou seu depósito) sob pena de lhe serem penhorados “tantos bens quantos bastem” (CPC, 659) para a satisfação do direito do credor, inclusive devolvendo a este “o direito a nomeação” de bens (CPC, 657). Qualquer outra matéria (v.g. prescrição, decadência, pagamento, falsidade do título etc.) somente deve ser conhecida¹³ através da ação própria dos embargos.

Não há norma no Código de Processo Civil que imponha ao Juiz o sobrestamento da ação de execução até a solução do incidente de argüição de nulidade com fundamento no art. 618 do CPC; eventual suspensão do processo é contrária ao sistema da execução, devendo o credor manter-se vigilante para evitar qualquer conduta procrastinatória do devedor neste sentido. Não se nega a oportunidade e a possibilidade legal do devedor dirigir-se ao Juiz da execução independentemente de realização da garantia do Juízo; tal possibilidade, no entanto, será realizada sem transtorno para o credor, que continuará a desenvolver os atos executórios posteriores à citação, inclusive (e, principalmente), realizando a penhora de bens ou o impondo o depósito da coisa.

Quando a alegação de nulidade, baseada na inexigibilidade do título (CPC, 618, I) ou na ausência de verificação da condição ou do termo (id. III), não for aferida de pronto, após a manifestação do credor e com os olhos postos unicamente nos documentos juntos pelas partes, não pode o Juiz de-

¹³. “Conhecer” de alguma questão implica juízo preliminar quanto à sua própria admissibilidade, sem se adentrar à própria “matéria” objeto de conhecimento. Deve o juiz “não conhecer” de qualquer matéria somente argüível através da via ordinária dos embargos, isto é, que refujam à grade estrita do art. 618 do CPC.

terminar a “especificação de provas” e, com muito menos razão, “designar audiência de instrução e julgamento”, convertendo a ação de execução em processo de conhecimento. Ao contrário, impõe a rejeição imediata da tese defensiva através de decisão interlocutória fundamentada, prosseguindo o processo em suas fases ulteriores, ficando ao alvedrio do devedor a futura oposição dos embargos, em ação própria, onde poderá discutir e demonstrar, amplamente, as alegações veiculadas singelamente na argüição de nulidade. Se a nulidade não é aferível *prima occuli*, presume-se sua inocorrência até a produção de prova em contrário, mormente quando o credor encontra-se amparado por título executivo (judicial ou extrajudicial). Entender de forma diversa é condenar toda a eficácia do processo e do título executivo, desqualificando a posição processual do credor para a de simples autor – mais uma vez... ◆

A Nova Disciplina Legal das Penas Restritivas de Direitos

RAPHAEL CIRIGLIANO FILHO

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Prof. Titular da
Faculdade de Direito Cândido Mendes*

1. Como se sabe, as penas restritivas de direitos foram introduzidas em nosso ordenamento pela Lei nº 7.209/84, que substituiu, por inteiro, a Parte Geral do CP. Segundo esclarecia a Exposição de Motivos dessa lei, tratava-se de uma **experiência pioneira** no sentido de proporcionar solução alternativa para a pena de prisão que, em todo o mundo, não vem alcançando sua finalidade precípua.

Acompanhando a orientação adotada em outros países, pretendeu o legislador reservar a prisão para os crimes de maior gravidade, deixando as penas restritivas de direitos para os de menor gravidade.

Sustenta-se, de modo geral, aqui e no estrangeiro, a falência da pena de prisão, incapaz de recuperar o criminoso. Importa observar, porém, que a pretendida recuperação do delinqüente através de sua segregação carcerária somente será possível se acompanhada de efetiva assistência médica, educativa e religiosa. E isso nunca se faz. Não se trata, pois, de falência do instituto, mas de sua aplicação prática, ditada por motivos diversos (carência de recursos, incompetência, negligência etc.).

É freqüente na doutrina brasileira o emprego da denominação **penas alternativas** para as penas restritivas de direitos. Devemos anotar, porém, que não se trata de penas alternativas, mas de **penas substitutivas**, como, aliás, é expressamente declarado no art. 44 do CP.

Na verdade, quando comina a lei para o mesmo tipo duas sanções, deixando a escolha de uma delas ao julgador, no momento da sentença, temos, realmente, penas alternativas. Vários exemplos encontramos no CP: detenção ou multa (arts. 135, 150, 154, 163, 169, 176); reclusão ou detenção (arts. 235, § 1º, 306, parágrafo único). Mas com as penas alternativas de direitos ocorre situação diversa: o julgador condena o réu, impõe-lhe a pena de prisão (reclusão, detenção) e, sendo o caso, opera sua substituição por pena restritiva de direitos.

Como argutamente observa JAIR LEONARDO LOPES, as penas restritivas de direitos “não são alternativas em relação à pena privativa de liberdade, porque esta sempre será aplicada. Assim, quanto à sua aplicação, não há, pois, qualquer alternativa. Além de, obrigatoriamente, aplicada, a pena privativa de liberdade subsiste à substituição, podendo, a qualquer momento, ser executada, se descumpridas as condições da substituição. Segundo o dicionário Aurélio, “alternativa é a sucessão de duas coisas reciprocamente exclusivas”. Ora, a pena privativa de liberdade não é excluída, tendo, apenas, sido substituída sob condições”. - **Curso de Direito Penal**, RT, 3ª ed., 1999, p. 187.

2. Em 25.11.98 foi sancionada a Lei nº 9.714 e publicada no DOU do dia seguinte, com vigência imediata.

O novo diploma altera profundamente a disciplina das penas restritivas de direitos, ampliando seu campo de incidência (nova redação dada aos arts. 43 a 47, 55 do CP) e permite a concessão do *sursis* em razão da saúde do condenado - *sursis humanitário* (nova redação dada ao art. 77, § 2º, do CP).

Resultou tal lei de proposta do Executivo (mensagem nº 1.445, de 24.12.96), com Exposição de Motivos do então Ministro da Justiça NELSON JOBIM. Nela se afirma que o objetivo do projeto, oriundo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, era o de fornecer ao juiz “maior leque de opções para substituir a pena privativa de liberdade”.

Como se verá adiante, as alterações são profundas. Não hesitou um ilustre comentarista da lei, o juiz e professor J. H. SCHAEFER MARTINS em afirmar que ela inaugura “uma nova era do direito penal” - **Penas Alternativas**, Juruá Edit., 1999, p. 83.

Sob a vigência do novo sistema penal, temos um princípio geral, assim exposto por LUIZ FLÁVIO GOMES: “toda sentença que condena alguém por crime doloso à pena privativa de liberdade não superior a quatro anos deve decidir fundamentadamente sobre ser ou não o caso de sua substituição por outra pena alternativa, à vista da presença ou não dos pressupostos legais que, quando ocorrem, a tornam imperativa. O mesmo deve ser dito em relação a qualquer crime culposos (que não tem limite de pena)” - **Pena e Medidas Alternativas à Prisão**, RT, 1999, p. 118.

3. A comparação entre o sistema anterior, definido pela Lei nº 7.209/84, e a disciplina estabelecida pela nova lei evidenciará as modificações introduzidas. (**Vide quadro comparativo ao final deste trabalho**).

Eis as principais alterações:

a) O **elenco** das penas alternativas constante do art. 43 foi majorado, passando de três espécies para cinco: houve o acréscimo de **prestação pecuniária** e **perda de bens e valores**.

O Projeto inicial, remetido pelo Governo, previa outra mais - o **recolhimento domiciliar** - mas tal ponto recebeu o veto presidencial.

b) O **teto** da pena privativa de liberdade imposta na sentença por crime doloso e passível de substituição por pena restritiva foi majorado de um ano para quatro anos. Vale dizer: um agente condenado por crime doloso a dois, três ou quatro anos de reclusão poderá ver substituída tal pena por uma restritiva de direitos.

Para, de certo modo, limitar o excesso de tal majoração, introduziu o novo diploma importante exigência, que não se via no texto anterior: a de que o crime não haja sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa.

c) Segundo a redação anterior, constituía a reincidência circunstância impeditiva da substituição. Pela nova redação somente ficará afastado o benefício se houver reincidência em **crime doloso**. Mesmo em tal hipótese, poderá o julgador conceder a substituição “desde que em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime” (art. 44 § 3º).

Assim, proibição absoluta, somente se o condenado for reincidente específico.

d) Pela disciplina anterior (antiga redação do art. 45, I), a conversão da pena restritiva em privação da liberdade (na verdade, reconversão...) era consequência automática de uma nova condenação. Na atual disciplina, tal providência é deixada a critério do juiz, que poderá afastar tal conversão “se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior” (art. 44 § 5º).

e) Pelo sistema anterior, era possível a imposição de pena isolada de multa (multa substitutiva), desde que a pena imposta na sentença não ultrapassasse **seis meses** (art. 60 § 2º); pelo novo sistema, isso será possível se a privação da liberdade for até **um ano** (art. 44 § 2º, p. inicial).

4. Três dispositivos constantes do Projeto mereceram o veto presidencial.

Ei-los:

a) Art. 43, III - “recolhimento domiciliar”

b) Art. 45 § 4º - “o recolhimento domiciliar baseia-se na auto-disciplina e senso de responsabilidade do condenado. O condenado deverá, sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias ou horários de folga em residência ou qualquer lugar destinado à sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença”.

c) Art. 44 § 1º - “Quando a condenação for inferior a seis meses, o juiz, entendendo suficiente, pode substituir a pena privativa de liberdade por advertência - que consistirá em admoestação verbal ao condenado - ou por compromisso de freqüência a curso ou submissão a tratamento durante o tempo da pena aplicada”.

Embora acertados os vetos apostos, é curioso observar que todos os dispositivos impugnados já constavam do Projeto original encaminhado pelo Governo, e com a mesma redação. As medidas vetadas eram consideradas adequadas e necessárias, segundo a Exposição de Motivos. Agora, contrariam o interesse público ...

Realmente, na Mensagem nº 1.447, de 25.11.98, da Presidência da República ao Senado, é oferecida a justificação de tais vetos. Quanto ao art. 43, III: “A figura do “recolhimento domiciliar”, conforme a concebe o Projeto, não contém, na essência, o mínimo necessário de força punitiva, afigurando-se totalmente desprovida da capacidade de prevenir nova prática delituosa”. Quanto ao art. 44 § 1º: “Em paralelismo com o recolhimento domiciliar, e pelas mesmas razões, o § 1º do art. 44, que permite a substituição de condenação a pena privativa de liberdade inferior a seis meses por advertência, também institui norma contrária ao interesse público, porque a admoestação verbal, por sua singeleza, igualmente carece do indispensável substrato coercitivo necessário para operar, no grau mínimo exigido pela jurisdição penal, como sanção alternativa à pena objeto da condenação”.

Como se vê, dois pesos e duas medidas, uma na apresentação do Projeto, outra no momento da sanção: o que era conveniente ao interesse público, agora já não o é. Observa com propriedade CEZAR ROBERTO BITENCOURT: “Embora pareça surrealista, a verdade é que o projeto recebeu vetos do Poder Executivo, isto é, o Poder Executivo vetou partes do seu próprio Projeto” - **Novas Penas Alternativas**, Saraiva, 1999, p. 206.

5. Certamente por esquecimento do legislador, omitiu-se no novo diploma a alteração do art. 54 e a revogação do art. 60 § 2º do CP.

Tais medidas impunham-se para preservar-se a harmonia que deve reinar no ordenamento legal.

Dispõe o art. 54 que poderá ocorrer a substituição, quando a privação da liberdade for “em quantidade inferior a um ano”. E, agora, tal limite é de quatro anos. Da mesma forma, o § 2º do art. 60 prevê a substituição por multa da pena privativa de liberdade “não superior a seis meses”. Ora, pela Lei nº 9.714/98, é possível tal substituição quando a condenação for igual ou inferior a um ano (art. 44 § 2º).

Ocorre evidente conflito entre os dispositivos citados. Prevalece, evidentemente, o novo texto, mas não se justifica a permanência das normas revogadas.

6. Segundo a lei, a substituição da prisão por mera pena restritiva de direitos reclama o preenchimento de requisitos **objetivos**, que se tornam evidentes a um exame superficial, e que dizem respeito à natureza do crime, à natureza da pena imposta, à quantidade da pena e ao *status poenalis* do réu condenado.

Realmente, há necessidade de que a condenação seja por crime praticado sem violência (física ou moral) à pessoa. Tratando-se de crime doloso (dolo direto ou eventual), a pena final imposta (incluídos os agravantes e as causas de especial aumento) não deverá ultrapassar quatro anos, limite este, porém, que não prevalece em se tratando de crime culposos.

Há que demonstrar-se, ainda que o réu não seja reincidente em crime doloso, ressalvada a situação especial prevista no art. 44 § 3º.

Mas exige a lei também um requisito **subjetivo**: a avaliação do julgador, em cada caso concreto sobre a **suficiência** da substituição. Este requisito, que já constava do texto anterior, com a mesma redação, impõe ao juiz o grave dever de considerar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, os motivos e circunstâncias do delito.

Pondera CEZAR BITENCOURT, apreciando o art. 44, III: “Considerando a grande elevação das **hipóteses da substituição**, deve-se fazer uma análise bem mais rigorosa deste requisito, pois será através dele que o Poder Judiciário equilibrará e evitará eventuais excessos que a nova previsão legal poderá apresentar”. E prossegue, incisivamente: “diante de sérias dúvidas

sobre a suficiência ou substituição esta não deve ocorrer, sob pena de o Estado **renunciar** ao seu dever constitucional de garantir a ordem pública e a proteção de bens jurídicos tutelados” - *ob. cit.* p. 86.

No mesmo sentido é a advertência de MIRABETE: “Não há sentido na substituição, quando, desde logo, verifica-se diante de sua situação pessoal, revelada na instrução criminal, que o sentenciado não irá cumprir com as condições e deveres impostos pela condenação à pena restritiva de direitos”. - **Manual de D. Penal**, Atlas, 12ª ed., 1997, vol. 1º, p. 274.

É inegável a importância da avaliação do julgador, em cada caso. Lembremo-nos da palavra abalizada de NUVOLONE: devolver à circulação delinquentes perigosos “é um ato de irresponsabilidade, é um ato de traição à sociedade” - **Índice Penale**, jan/abr., 1975.

7. Com a entrada em vigor da Lei nº 7.914/98 vários problemas se apresentam ao intérprete, mesmo a um superficial exame. Eis alguns deles:

a) Aplicar-se-á a disciplina da nova lei a crimes cometidos antes do seu advento?

b) É possível a aplicação da nova lei, se a condenação houver sido por crimes de violência à pessoa (exs. CP. art. 129 *caput*, 146, 147), mas considerados pela lei de reduzido potencial ofensivo?

c) Ocorrendo condenação inferior a quatro anos, mas por crime hediondo ou a ele equiparado (Lei nº 8.072/90, arts. 1º e 2º), será possível a substituição da pena reclusiva por pena restritiva de direitos?

d) Impedirá a aplicação da nova lei a comprovação da reincidência específica do réu em crime culposos?

e) A condenação a multa pelo crime anterior será impeditiva da substituição da pena?

Em resposta a tais indagações, devemos considerar o que se segue.

Quanto à primeira (a): é de admitir-se como regra geral a retroatividade da Lei nº 7.914/98, pois ela é mais favorável ao réu (CP. art. 2º, parágrafo único). Pode acontecer, porém, caso excepcional em que sua aplicação lhe venha acarretar tratamento mais severo. Neste caso, evidentemente, a nova lei não retroagirá.

Quanto à segunda (b): embora proíba o art. 44 do CP, em sua nova redação, a substituição de penas quando o crime for “cometido com violência ou grave ameaça à pessoa”, é de ver-se que os delitos de menor potencial ofensivo (CF. art. 98, I; Lei nº 9.099/95, art. 61) têm tratamento especial. A

interpretação lógica, sempre mais profunda que a literal, conduzirá à conclusão de permitir-se a substituição, mesmo nessas hipóteses. É a lição da melhor doutrina: CEZAR R. BITENCOURT, *ob. cit.*, p. 106; LUIZ FLÁVIO GOMES, *ob. cit.*, p. 111; SCHAEFER MARTINS, *ob. cit.*, p. 104.

Quanto à terceira (c): aqui a questão é mais delicada. Para muitos, não contendo a lei qualquer ressalva, é de seguir-se a regra geral de aplicação ampla da nova disciplina. Para outros, a resposta deverá ser negativa. Segundo BITENCOURT, as duas Leis (8.072/90 e 7.914/98) seguem políticas criminais incompatíveis, “sendo indefensável a aplicação de penas alternativas nos crimes hediondos e similares, ainda que a quantidade da pena não seja superior a quatro anos”. - *ob. cit.*, p. 103.

Realmente, seria admissível que um traficante de drogas, condenado na pena reclusiva mínima (3 anos) conseguisse a substituição de tal pena (obrigatoriamente em regime fechado, do começo ao fim) por pena restritiva de direitos? Entenderá o julgador **suficiente** (CP art. 44, III) uma pena restritiva para a punição do agente? Ao julgar o HC 2.524/98, o TJRJ, rel. Des. G. VITAGLIANO, recusou a pretendida substituição, ponderando, com todo acerto, que seria um contrasenso colocar um traficante em liberdade, se seu crime não comporta fiança, graça, anistia, liberdade provisória, impõe pena em regime integralmente fechado e exige que o réu aguarde preso o julgamento de seu recurso.

Quanto à quarta (d): segundo a nova disciplina, a única reincidência que impede, definitivamente a substituição de penas é a reincidência específica. A lei é clara (art. 44, II), reincidência em **crime doloso**. A interpretação lógica concluirá que a reincidência específica, prevista no art. 44 § 3º *in fine* há de ser somente em crime doloso (crime doloso A + crime doloso A), não em crime culposo (crime culposo B + crime culposo B).

Quanto à última (e): como se sabe, a condenação anterior por multa não impede a concessão do *sursis* (CP. art. 77 § 1º). Aqui, não fez a nova lei a mesma ressalva, conduzindo o intérprete apressado a uma resposta negativa. É de notar-se, porém, que se um reincidente, condenado no primeiro processo com pena privativa de liberdade, poderá, ainda assim, obter o benefício da substituição, como permite o art. 44 § 3º, não será razoável negar-se tal medida se a condenação anterior do agente houver sido a uma pena de multa.

8. A Lei nº 9.714/98 revela a preocupação do legislador em esvaziar as prisões, seguindo uma política descarcerizadora e despenalizadora. Tal propósito, já revelado na Lei nº 7.209/84, que veio substituir integralmente a Parte Geral do CP, apresenta-se agora, com maior intensidade, capaz de abranger mais de 90% dos tipos previstos no CP. Ficarão afastados os crimes contra a vida, as formas qualificadas de lesões corporais, os crimes patrimoniais com violência à pessoa, alguns crimes sexuais e poucos outros.

A elevação do limite da pena imposta, de **um** ano para **quatro**, parece ter sido excessiva. Quando da remessa do Projeto de Lei ao Congresso, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) constituiu uma Comissão de alto nível para exame e parecer. Um dos tópicos criticados foi justamente o do limite de quatro anos. Ponderou a Comissão que, afora os crimes hediondos e afins, “remanescem poucos que não se verão albergados nesse tratamento especialíssimo, cuja brandura institucional soa inadequar-se ao conteúdo doloso dessas espécies mais nocivas, fazendo temer por que se incremente um juízo generalizado de impunidade, de danosos efeitos à instituição penal e de desprestígio da crença na Justiça Criminal”. E sugeria, finalmente, que se repensasse sobre tal limite. (**Revista da Escola Paulista da Magistratura**, ano 2, nº 5, p. 89).

Alguns pontos da lei são altamente elogiáveis: a proibição da substituição de pena quando o crime envolver violência pessoal; a previsão do *sursis* humanitário, capaz de tranquilizar a consciência do julgador; a previsão de mais uma forma de interdição temporária - a proibição de frequentar determinados lugares (art. 47, IV).

Em seu conjunto a lei é de cunho liberal e não corresponde às exigências da sociedade por uma repressão penal mais severa, em condição de conter o alarmante progresso da criminalidade.

Uma das imediatas conseqüências do novo diploma, já observada pelos comentaristas, será o esvaziamento do *sursis*.

A aplicação dessa lei que reformula o sistema das penas substitutivas e que vai alcançar um elevado número de condenações, suscitará, sem dúvida, a cada dia, novos e delicados problemas, num permanente desafio à argúcia dos penalistas e ao equilíbrio dos julgadores.

CÓDIGO PENAL (COMPARAÇÃO)

LEI Nº 7.209/84 / LEI Nº 9.714/98

Penas restritivas de direitos

Art. 43. As penas restritivas de direito são:

- I - prestação de serviços à comunidade;
- II - interdição temporária de direitos;
- III - limitação de fim de semana

Penas restritivas de direitos

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação pecuniária;*
- II - perda de bens e valores;*
- III - (vetado)*
- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;*
- V - interdição temporária de direitos;*
- VI - limitação de fim de semana.*

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

- I - aplicada pena privativa de liberdade inferior a 1 (um) ano ou se o crime for culposos;
- II - o réu não for reincidente;
- III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Parágrafo único. Nos crimes culposos, a pena privativa de liberdade aplicada, igual ou superior a 1 (um) ano, pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos, exequíveis simultaneamente.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

- I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;*

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (Vetado)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado de restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

Conversão das penas restritivas de direitos

Art. 45. A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade, pelo tempo da pena aplicada, quando:

I - sobrevier condenação, por outro crime, a pena privativa de liberdade cuja execução não tenha sido suspensa;

II - ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.

Conversão das penas restritivas de direitos

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á no forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago

será deduzido no montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

§ 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto - o que for maior - o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

§ 4º (Vetado)

Prestação de serviços à comunidade

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas durante 8 (oito) horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2º A prestação de serviços à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

§ 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

Interdição temporária de direitos

Art.47. As penas de interdição temporária de direitos são:

I - proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

II - proibição do exercício da profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

Interdição temporária de direitos

Art. 47. _____

IV- proibição de freqüentar determinados lugares

Art.55. As penas restritivas de direitos terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída.

Art.55. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do art. 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º do art. 46

Requisitos da suspensão da pena

Art.77. _____

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 4 (quatro) anos, poderá ser suspensa, por quatro (quatro) a 6 (seis) anos, desde que o condenado seja maior de 70 (setenta) anos de idade.

Requisitos da suspensão da pena

Art.77. _____

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão. ◆