

ISSN 1415-4951
(versão impressa)



Revista da

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Volume 4 n° 13 - 2001



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 4 - n. 13 - 2001
Janeiro/Fevereiro/Março

Rio de Janeiro

© 2001, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Sérgio Cavalieri Filho; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes; Des. Luiz Fux; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Juiz Jessé Torres Pereira Júnior.

Coordenação: Des. Décio Xavier Gama

Produção Gráfico-Editorial da Assessoria de Publicações da EMERJ

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); Editoração: Márcio Alvim; Revisão: Suely Lima e Rosa Xerfan; Capa: Geórgia Kitsos e André Amora.
Editoração *website*: Jaqueline Diniz.

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Impressão: Infra-Estrutura Gráfica Banco do Brasil

Tiragem: 2.500 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 - Rio de Janeiro:
EMERJ, 1998.

v.

Trimestral -

ISSN 1415-4951

V.1, n.4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica
Interamericana

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

CDD 340.05

CDU 34(05)

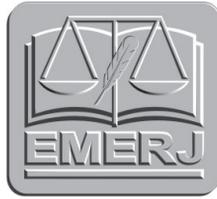
Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20026-900 - Rio de Janeiro, RJ

Telefones: (0XX21) 533-6642 / 533-5644 / 588-3376 - Fax: (0XX21) 533-4860

E-mail: emerj@tj.rj.gov.br



A ESCOLA DO JUIZ

DIRETORIA DA EMERJ

Diretor-Geral

Des. Sérgio Cavalieri Filho

Conselho Consultivo

Des. Celso Guedes

Des. Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião

Des. Wilson Marques

Des. Sylvio Capanema de Souza

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

Des^a. Leila Maria Carrilo Cavalcante R. Mariano

Presidente do Conselho de Conferencistas Eméritos

Des. José Joaquim da Fonseca Passos

Diretor de Estudos e Ensino

Des. Luiz Fux

Supervisor das Coordenações de Área

Des. Sidney Hartung Buarque

Coordenador Administrativo

Des. Décio Xavier Gama

Coordenador Geral de Ensino

Paulo Roberto Targa

Chefe de Gabinete

Maria Alice da Cruz Marinho Vieira

ESCOLA DA MAGISTRATURA EM NOVO TEMPO

A REVISTA DA EMERJ acompanha a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em trajetória nova, por força de novos ares que lhe traz a administração de 2001/2002. Com a eleição ocorrida em 18 de dezembro de 2000, assumiram seus cargos os novos administradores do Poder Judiciário, à frente do qual se acha o Presidente Marcus Antônio de Souza Faver. A Direção da Escola passou às mãos do Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, que procura dar ao órgão não só continuidade administrativa, mas também ampliar as medidas em busca do ensino jurídico de excelência.

Assim, projetam-se para o seu Curso de Iniciação, de três meses, destinado à adaptação e ao aperfeiçoamento de juízes recentemente aprovados, duração maior e mais intensa atividade. Já no mês de fevereiro de 2001, foram os mais novos juízes do Concurso n° XXXIII, chamados a participar da atividade acadêmica dos juízes vitaliciandos, que vieram de dois outros concursos (XXXI e XXXII), mas que ainda não completaram o prazo constitucional inicial de dois anos. Em março deste ano, o sistema de reunião daqueles grupos de juízes irá se repetir e as novas práticas de aprimoramento poderão se acentuar com alterações de programas, seleção de novos orientadores e a objetividade do aprendizado.

O Curso Inicial de três meses para juízes sofre reformulação mais profunda, porque haverá acompanhamento direto dos primeiros passos dos

magistrados, infundindo-se-lhes maior segurança no desempenho de suas funções de ordenar processos e de julgá-los. O propósito será, não só o de observar as deficiências de conhecimentos práticos que o concurso público não consegue captar, mas também o de abrir para os magistrados, maior e mais segura oportunidade de adotarem as formas e procedimentos disponíveis de apreciação mais célere da causa, sem prejuízo da qualidade das decisões. A sensível redução da idade, em média, dos novos magistrados admitidos em concurso nos últimos tempos, nos alerta para uma real necessidade do ensino profissional atual, qual seja a de enfrentar as carências de conhecimentos no campo da prática jurídica que talvez não existam entre os candidatos que acumularam experiência em fase anterior da carreira.

Estão aí os novos instrumentos legais que afloraram nos últimos anos, principalmente nos campos do Direito Processual Civil, da Defesa do Consumidor e do Direito de Família. Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais já representam campo vasto de atividade judicial, porque reúnem hoje maior número de processos em andamento. Agilidade e bom senso, prática na aproximação entre os conflitantes para uma possível conciliação, apreciação objetiva da prova e julgamento imediato nos diversos Juizados Especiais que se instalaram na Capital e em todas as Comarcas, são desafios para a nova magistratura e para a EMERJ, para atender à crescente demanda do serviço público a cargo do Poder Judiciário.

DES. DÉCIO XAVIER GAMA

Coordenador Administrativo da EMERJ

SUMÁRIO

- O JUDICIÁRIO E A CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA** **11**
Desembargador Marcus Antonio de Souza Faver - Presidente do TJ/RJ
Conferência Magna proferida no dia 5/2/2001, na abertura do 1º semestre letivo da EMERJ.
- ASPECTOS ATUAIS DA APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA** **22**
Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes - TJ/RJ
I - Problemas da Aplicação da Lei. II - Aplicação e Interpretação da Norma Jurídica. III - Espécies de Interpretação. IV - Interpretação clássica. Processos. V - Interpretação moderna. VI - Aspectos atuais da Interpretação da Lei. VII - Equidade.
- O JUDICIÁRIO E A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ** **40**
Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello - Vice-Presidente STF
O colapso do judiciário com a demora no andamento dos processos. Impõe-se acionar os artigos 14, 16, 17 e 18 do CPC, contra a litigância de má-fé. A interposição excessiva de recursos e a protelação do cumprimento de obrigações. O STF com 80.000 processos distribuídos no ano 2000. Os recursos manifestamente protelatórios merecem ser coibidos com a multa prevista no CPC.
- DIREITO AUTURAL E RESPONSABILIDADE CIVIL** **43**
Desembargador Sérgio Cavalieri Filho - Diretor da EMERJ
I. A nobreza do Direito Autoral. II. O duplo aspecto do Direito Autoral. III. Reparação do dano moral. IV. O duplo caráter - reparatório e repressivo - da indenização patrimonial. V. Exclusão da responsabilidade. VI. A defesa do Direito Autoral.
- REFORMAS DO CPC EM MATÉRIA DE RECURSOS** **51**
Desembargador José Carlos Barbosa Moreira - TJ/RJ
Os recursos e a lentidão da justiça. As inovações dos anos recentes no ordenamento recursal. As leis n°s 8.930, de 13.12.1994, 9.139, de 30.11.1995 e 9.756, de 17.12.1998. A ostensiva inovação da figura do recurso extraordinário, ou especial (§ 3º, art. 542 do CPC). Os efeitos em que deve ser

recebida a apelação (art. 520). A multiplicação dos casos em que se outorga ao relator a competência para decidir por si só, cuja decisão pode ser impugnada perante o colegiado.

A TUTELA ANTECIPADA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

65

Desembargador Luiz Fux - TJ/RJ

I. A tutela antecipada. I.1. Pressupostos da tutela antecipada. I.2. A evidência do direito. I.3. A prova inequívoca. I.4. A tutela antecipada - natureza jurídica e irreversibilidade da decisão. I.5. Revogação e modificação da tutela antecipada. I.6. Execução da tutela antecipada. II. A tutela antecipatória nos Tribunais Superiores.

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

88

Juíza de Direito Cristina Tereza Gaulia

1. Introdução. 2. O Papel inovador do Código de Defesa do Consumidor. 3. O ônus da prova e sua inversão no âmbito das relações processuais de consumo. 4. Conclusão.

DEVER JUDICIAL DE ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO À PRETENSÃO DEDUZIDA EM JUÍZO

107

Juíza de Direito Cristina Gutiérrez

Adequação de procedimento à pretensão produzida na inicial. O princípio do aproveitamento dos atos processuais. A não fungibilidade do rito processual. A legislação e a jurisprudência.

A IMPORTÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO TRADICIONAL DAS AÇÕES E O REGISTRO DE IMÓVEIS

117

Desembargador Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento - TJ/RJ

1. Introdução. 2. Classificação das ações segundo o direito processual. 3. Classificação das ações segundo o direito material. 4. Outros critérios de classificação: a) quanto ao seu objeto; b) quanto ao seu fim; c) demais classificações. 5. Sua repercussão no Registro de Imóveis; 6. Conclusão.

TUTELA E ADOÇÃO REMUNERADAS

128

Desembargador Décio Xavier Gama - TJ/RJ

Auxílio adoção, instituído por lei estadual para servidor público. Tratamento igual para os que acolherem criança mediante guarda, tutela ou adoção.

Norma do E.C.A. (art. 34) que admite o subsídio apenas para a guarda. A tutela deve ser voluntária e gratuita segundo a lei civil (art. 412 do CC). A adoção é permanente e irrevogável e não se coaduna com o estímulo por subsídio do estado.

DIREITO, JUSTIÇA, MORAL E ÉTICA **132**

Desembargadora Áurea Pimentel Pereira - TJ/RJ

Definição de Direito. Anomia. Usos e costumes. O Direito Natural. O Direito não escrito e as primeiras codificações. O poder de julgar. A acumulação dos poderes e a tripartição de Montesquieu e Locke. Separados os poderes, surgiu o Poder Judiciário. A moral e a ética. A moral pública. A missão de julgar.

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL **135**

Defensor Público Humberto Peña de Moraes

1. Introdução. 2. Objeto e Finalidade. 3. Modalidades. 3.1. Argüição Direta. 3.2. Argüição indireta, ou incidental. 4. Aspectos Processuais. 4.1. Legitimação Ativa. 4.2. Legitimação passiva. 4.3. Litisconsórcio. 4.4. Medida liminar. 4.5. Pedido de informação. 4.6. Julgamento. 5. Conclusão.

REPRESENTAÇÃO DO CONDOMÍNIO NA JUSTIÇA DO TRABALHO **149**

Juiz do Trabalho José Geraldo da Fonseca

Introdução. 2 Conceito de Condomínio. 3. O preposto do empregador. 4. Advogado preposto. 5. Condomínio de fato. 6. Condomínio pode ser testemunha? 7. Conclusão.

A TRANSAÇÃO PENAL COMO ATO DA DENOMINADA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA **157**

Promotor Público Rogério Pacheco Alves

1. Introdução. 2. Breves considerações sobre a disciplina legal da transação penal. 3. O fenômeno da constitucionalização do processo: análise do instituto à luz dos princípios constitucionais. 4. Da natureza jurídica da transação penal. 5. Conclusão: os resultados da aceitação da tese.

O GARANTISMO PENAL E O ADITAMENTO À DENÚNCIA **178**

Promotor Público Paulo Rangel

I. A função garantista do processo penal. II. Sistemas processuais penais. III. O ônus da prova no processo penal. IV. O princípio da congruência. V. A

defesa técnica efetiva. VI. A verdade real no processo. O objeto do processo penal. VIII. A coisa julgada: conceito, fundamento, limites – *ne bis in idem*. IX. Os art. 384 parágrafo único e 385, ambos do CPP. X. Casos concretos. XI. Conclusão.

ELEIÇÕES PARA JUIZ DE DIREITO?

209

Professor Ricardo A. Malheiros Fiúza

O sistema de eleição para a magistratura se acha em desuso no mundo inteiro. Nos Estados Unidos a Justiça Federal não o adota. Os tipos de escolha de juízes estaduais: 1) nomeação pelo chefe do executivo com prévia aprovação pelo legislativo; b) nomeação pelo chefe do executivo entre nomes constantes de lista formada por comissão independente de alto nível; c) eleição indireta pelo legislativo e d) eleição popular. Os inconvenientes de tais sistemas. O problema do financiamento de campanha. Os numerosos países que adotam a seleção por concurso público.

A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

212

Juíza de Direito Maria Cristina de Brito Lima

1. Introdução. 2. Educação como exercício pleno do Direito de liberdade e instrumento de Desenvolvimento. 3. De custeio da educação. 4. Direito é um ensino de qualidade. 5. Conclusão.

PRESCRIÇÃO DE PUNIÇÃO DISCIPLINAR APLICÁVEL A MAGISTRADO

234

Procurador Rodrigo Lopes Lourenço - ALERJ

1. Introdução. 2. Apuração de falta disciplinar punível com advertência ou censura. 3. Prescritibilidade da pretensão punitiva disciplinar. 4. Legislação aplicável. 5. Prescrição intercorrente. 6. Prazos para prescrição da pretensão disciplinar. 6.1. A pena de advertência. 6.2. Censura. 6.3. Remoção, disponibilidade e aposentadoria compulsórias. 6.4. Demissão. 7. Conclusão.

EÇA DE QUEIRÓS E A POLÍTICA

242

Desembargador Fernando Whitaker da Cunha - TJ/RJ

Eça de Queirós (1845-1900) e o fenômeno político. O ficcionista-sociólogo. Filho e neto de magistrados, Eça de Queirós, em **Os Maias**, já pregava a criação dos Estados Unidos da Europa.

MONOGRAFIAS DE ESTAGIÁRIOS DA EMERJ - 2º SEMESTRE 2000

247



O JUDICIÁRIO E A CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA*

DES. MARCUS ANTONIO DE SOUZA FAVER

Presidente do TJ/RJ

Prezado amigo, excelente jurista e extraordinária figura humana, Des. Sérgio Cavalieri, hoje Diretor da Escola da Magistratura; queridos amigos integrantes da Direção do Tribunal que sobremaneira me honram com as suas presenças; estimados colegas do Tribunal, desembargadores já aqui nomeados, a quem agradeço de forma especial por terem se dispensado dos afazeres normais para aqui comparecerem nesta manhã, no início do mês de fevereiro.

Quero fazer uma referência muito especial ao Presidente da Escola Nacional da Magistratura, meu querido amigo de longa data e de ideal de campanha para a fundação daquela Escola, ocorrida há alguns anos atrás, em Brasília, Des. Sidney Beneti, que se empenhou extraordinariamente para que as Escolas de Magistrados fossem uma realidade nacional, inicialmente presidida pelo Des. Sálvio de Figueiredo e agora dirigida por este grande desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Agradeço a sua presença que muito me honra e redobra as minhas tarefas.

Quero iniciar minha palestra com uma colocação um pouco diferente do que tem sido feito até agora. As aulas de abertura dos cursos de Direito ou de Universidades, denominadas Aulas Magnas, vêm se caracterizando como uma aula formal, de cunho tradicional, em que o expositor traz manifestação escrita, numa didática clássica, ou, em outras palavras, uma dissertação. Penso que as Escolas estão tomando um novo rumo, não só a Escola da Magistratura Fluminense como as demais escolas de Direito do Brasil, de uma maneira geral. Creio mesmo que se encaminha para uma forma de estudo onde preponderará a reflexão, a participação dos alunos e a indução

* Conferência Magna proferida no dia 5/2/01, na abertura do 1º semestre letivo da EMERJ.

ao raciocínio científico-jurídico. É essa, tenho certeza, a meta didática da atual fase da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, agora tão magnificamente dirigida por este extraordinário jurista, consagrado nacionalmente, o professor Des. Sérgio Cavalieri. Abandonando o texto escrito, penso trazer algumas reflexões que possam induzir a um raciocínio dedutivo sobre alguns problemas que a magistratura e a sociedade brasileira vêm enfrentando nos últimos anos.

Na manhã de ontem, lendo o **Jornal do Brasil**, fiquei um pouco preocupado quando li entrevista de um político que mencionava ser a grande dificuldade da sociedade brasileira, nos dias de hoje, o enfrentamento da crise ética por que ela passava e que afetava o comportamento das pessoas. Digo que fiquei surpreso porque era o que pensava submeter à reflexão deste seletor auditório.

Creio que realmente estamos vivendo uma crise social envolvendo três aspectos ou três níveis: **a crise do Direito, a crise de Justiça e a crise da Justiça**. Na verdade, três facetas de um mesmo problema: a crise social, decorrente do acentuado descrédito da população em relação às suas instituições, aos seus dirigentes, à política e ao próprio Judiciário.

Em relação a tal problema, submeto à reflexão de cada um alguns posicionamentos. O primeiro deles é que, desde as conferências realizadas por Couture, na Universidade de Paris, nos idos de 1950, ficou evidenciado que as decisões judiciais deveriam ser encaradas em dois níveis: um micro e outro macroprocessual. Significa dizer que Couture já identificava a existência de um efeito, de um extravasamento, para fora do processo, do conteúdo da decisão judicial ao decidir um conflito.

Quando um juiz é guindado à solução de um conflito de sua decisão surgem dois níveis de repercussão. O primeiro nível, de conteúdo interno, que poderia ser denominado de efeito microprocessual - o juiz decide a questão que lhe foi colocada e dá solução ao conflito de acordo com a sua técnica, a sua análise prolatória e os parâmetros jurídicos. Ao assim proceder, coloca no âmago da decisão muito da sua convicção ideológica, de sua interpretação pessoal e de sua formação como pessoa humana, mesmo porque, como dizia Cappelletti, não há uma decisão judicial neutra pois, inexoravelmente, ao proferir uma decisão, o juiz coloca sobre ela toda a sua formação ideológica, política, religiosa, pessoal e moral, ou seja, a interpretação do Direito está impregnada pela formação global que o juiz, como pessoa humana, possa ter.

Todavia, ao estabelecer a decisão a nível microprocessual, o juiz não pode se esquecer de que há na decisão um conteúdo macroprocessual, pois a sociedade irá tirar daquele pronunciamento, uma orientação de conduta em outros litígios assemelhados partindo da orientação jurídica, anteriormente delineada por aquela decisão, por aquele juiz.

Em algumas decisões judiciais, os níveis micro e macroprocessuais se acentuam ou até se confundem. Por exemplo, quando um juiz é chamado a resolver, hoje, grandes ações públicas (uma ação popular ou uma ação civil pública) a repercussão da decisão é muito maior no nível macroprocessual, no aspecto social do que no nível interprocessual. O conteúdo da decisão será muito mais macro do que microprocessual.

Tomemos como exemplo uma ação popular na qual o juiz decide sobre um eventual prejuízo ético ou econômico que determinado ato administrativo possa ter ocasionado, como a título exemplificativo a contratação de um servidor, desobedecendo aos parâmetros do concurso público, ou de um concurso público cujas normas foram afastadas da orientação ética que a sociedade exige. Ao decidir uma ação popular, condenando eventual autoridade a ressarcir o erário pela conduta indevida, muito mais do que uma decisão de conteúdo microprocessual em si, o reflexo de tal decisão no comportamento da sociedade, que passa a compreender que determinada postura administrativa é repelida pela estrutura jurídico-política do país ganha conotação macroprocessual. A repercussão ou o efeito macroprocessual dessa decisão é muito maior do que o efeito microprocessual emprestado à solução da questão. Se essas duas realidades são evidentes, temos que refletir muito de como o Judiciário e os juízes influem na postura da sociedade e dos cidadãos e no enfrentamento das crises sociais.

Há, ainda, outra realidade, hoje absolutamente interligada a esse tipo de comportamento, e que também me parece evidente. O Judiciário não é um Poder afastado dos demais, mas integrante dos três Poderes do Estado, de acordo com a nossa estrutura constitucional (a meu ver uma das melhores). O Judiciário é, assim, na realidade, um Poder político, o que se evidencia pelos efeitos macroprocessuais das suas decisões. O Judiciário participa, assim, ativamente do sistema democrático como uma força política, não no sentido de uma força político-partidária, mas no sentido de contribuir de forma eficaz para alcançarmos um verdadeiro Estado de Direito Democrático, onde o primado do direito deve prevalecer, pois é isso que na verdade todos nós ambicionamos.

O Judiciário deve, pois, evidentemente, comportar-se como um Poder, integrante da estrutura estatal, direcionador da conduta dos demais Poderes influenciando no alcance do almejado Estado de Direito Democrático. Através de suas decisões e das imposições nos comportamentos individuais, administrativos etc. ele contribui para formar, gradativamente, dentro da cultura social, o primado do Direito e o respeito às instituições jurídicas, o que é fundamental num Estado de Direito Democrático a partir da própria legitimação do poder exercido pelos governantes.

Em tal aspecto, estou seriamente preocupado com a situação ocorrida nos Estados Unidos da América, porque o sistema eleitoral americano propicia uma situação de ilegitimidade democrática, isso porque o Presidente que assumiu não obteve a maioria dos votos dos seus governados. Não se implantou um governo da maioria. A meu ver, isto poderá criar crises institucionais nos Estados Unidos, pois o sistema eleitoral por eles engendrado demonstrou falha tão grande que o candidato mais votado não foi eleito. Espero estar enganado, mas isso poderá precipitar crises institucionais sucessivas.

Demonstrou-se, ainda, outra realidade lamentável na nação americana: uma estrutura político-institucional na qual o Poder Judiciário está submetido ao jugo da política. Nas decisões das Cortes Superiores americanas sobre a eleição, segundo o noticiário político, criaram-se duas correntes: uma dos juízes nomeados pelo Partido Republicano e outra instituída pelo Partido Democrata. Ao que se percebe, as decisões foram tomadas ao sabor das contingências políticas. Os analistas políticos daquele país detectaram, antes do resultado da decisão, qual seria o comportamento das Cortes porque determinado número de juízes fora indicado pelo Partido Republicano, e, conseqüentemente, votariam de acordo com os interesses desse partido, ao passo que outra corrente, indicada pelos governantes democratas, decidira a favor do candidato democrata. Esse exemplo histórico dos nossos dias demonstra que o sistema de escolha de um Juiz por eleição, ou por indicação política, é altamente pernicioso para uma sociedade que busca estabelecer um verdadeiro Estado de Direito Democrático. São exemplos tirados da realidade, do momento atual em que vivemos.

Retomando o raciocínio, parece-nos que, de fato somos um poder político e a nossa ação está em última *ratio*, voltada para a conquista de um Estado de direito democrático (expressão que consta de nossa Carta Magna), onde se reconhece que se não pautarmos a nossa conduta e as nossas

decisões dentro dos parâmetros de um Estado de Direito, a figura da democracia será apenas uma utopia.

Cabe fazer uma outra reflexão: qual a democracia que esse vocábulo pode ensinar? A **democracia direta** surgida na Grécia antiga por volta de 500 a. C., na Cidade-Estado de Atenas, como forma do exercício do poder político onde o povo, sem outorgar mandato a representantes, desenvolvia diretamente as suas atividades. Que se fundava no conceito específico de soberania popular, no valor da igualdade de todos os cidadãos, quer perante a lei, quer perante o exercício de suas funções públicas. Esse conceito de democracia grega, decantada em prosa e verso como ideal, na verdade, não representa hoje o nosso ideário de democracia, tanto que nela se excluía da participação popular determinadas pessoas, como as mulheres; admitia a escravatura, sendo ainda o sorteio uma forma de preencher cargos públicos. Tais concepções, ao que me parece não é forma política capaz de satisfazer as necessidades da sociedade atual que o mundo está a exigir. Por essa razão, a meu ver, a concepção da democracia grega está afastada da realidade social.

Partimos, então, para a concepção da democracia representativa, também denominada **democracia indireta**, onde o poder passa a ser representado e exercido por representantes eleitos pelo povo, que o irão exercer em nome dele dentro da estrutura e de acordo com o sistema de organização político-constitucional estabelecido.

A partir daí, começam a surgir problemas político-sociais porque o Brasil, na realidade, é um país em que não há partido político com programas ou ideologias definidas; em que a mutação dos representantes pelas várias agremiações partidárias é uma constante; em que o representante do povo assume o cargo na representação, mas não guarda um compromisso ideológico com a postura ética daqueles que nele votaram; assume determinadas condutas e adota comportamentos que não correspondem às condutas, aos comportamentos e à vontade daqueles que eventualmente o elegeram. Começa a surgir, então, o que chamamos de **Crise do Direito**.

A **Crise do Direito** inicia-se, a meu ver, com fratura e a dissintonia existente entre o comportamento do representante do povo e a vontade da população que o elegeu. As leis surgem, assim, afastadas da vontade popular, desfalcadas de legitimidade. Tivemos exemplos recentes: na época do Plano Cruzado foi feita uma eleição baseada em conquistas momentâneas daquele plano econômico, sendo vencedores os políticos que defendiam

aquele programa de governo e com a promessa de seu prosseguimento. Passada a eleição, os eleitos mudaram de comportamento e tudo aquilo que se prometia foi desprezado; foram estabelecidas normas financeiras e econômicas exatamente opostas àquelas prometidas à população no sentido de manter-se a estabilização financeiro-econômica do país. Houve uma frustração coletiva tão grande que chegou-se às raias da agonia. A sociedade brasileira sentiu-se fraudada na sua vontade e violentada.

Esse fenômeno repetiu-se logo em seguida, quando determinado político alcançou a Presidência da República e passou a adotar postura ética tão execrável, tão divorciada do discurso de campanha, que desencadeou na sociedade brasileira uma reação de quase revolta, próxima de uma revolução, pois adotaram-se comportamentos exatamente contrários às esperanças e às ânsias de mudança que haviam justificado a sua eleição. Essa fratura, somada à edição de leis que decorrem desse tipo de conduta, acarreta o que denomino de **Crise do Direito**.

A meu ver, o Direito está em crise quando ocorre o seu afastamento da realidade social pela ruptura de coerência que, nesse aspecto, deveria manter, pela decadência do seu conteúdo ético que o conduz à sua finalidade e à realização de Justiça. Esse é um conceito cultural e histórico que afeta o aspecto ético e psicológico da sociedade. Há assim Crise do Direito em decorrência da má elaboração e da má execução das leis por ocasião da sua aplicação.

Enfrentamos, então, em nossos dias um verdadeiro “marginalismo jurídico”, caracterizado pela falta de sintonia entre a realidade social, que o Direito imperfeitamente procura refletir, e pelo seu caráter esotérico, com pertinência ao desconhecimento pelas massas, que nele não vêem um conteúdo humanístico nem o catecismo de que falava Bentham e a posição de vanguarda de alguns institutos para os quais o povo ainda não amadureceu conscientemente.

Resulta disso tudo que o Direito às vezes se encontra, em dissonância com o meio social, por estar aquém dos anseios da sociedade, repercutindo negativamente na coletividade a fratura entre o Direito posto e os anseios da sociedade decorrente basicamente da fragilidade político-ideológica dos nossos representantes que elaboram as leis. Surge, então, um adágio popular no Brasil que reflete essa situação - “leis que pegam e leis que não pegam”. Há uma desarmonia entre a estrutura legal e a vontade consciente e natural que o cidadão tem de que a sua conduta seja ditada por leis que estejam de acordo com o sentimento e a vontade da própria sociedade.

Essa crise do Direito torna-se até dramática quando situada no plano da eficácia das leis. Na verdade, quando os princípios declarados implícita ou explicitamente nas normas legais e correspondentes quase sempre a idéias liberais injustas são confrontados com a realidade cotidiana, ocorre a perplexidade, o choque social e a frustração da sociedade, o que é dramático. É necessário acentuar que obviamente a lei nasce para ter uma eficácia real, ou seja, para atingir e atender os fins sociais para os quais foi editada. Se, no entanto, ao ser aplicada, o conteúdo da motivação ou do texto legal deixa de ser consagrado ou sendo até mesmo contraposto pelas práticas sociais, a lei será ineficaz na medida e na proporção desta discrepância, provocando uma verdadeira crise do Direito.

Penso assim que, na realidade brasileira, estamos vivendo uma crise do Direito. Há uma angústia de buscar o Direito justo e eficaz que corresponda aos anseios da nossa sociedade. Entretanto, ao lado da crise do Direito há a discussão palpável em relação ao Direito Penal, a sociedade está agitada numa situação em que se aumenta o índice da criminalidade e se afrouxam os sistemas legais, aumentando a sensação de impunidade. Então, a sociedade vive uma angústia decorrente da crise do Direito e que acarreta, no seu desdobramento, o que se denomina **Crise de Justiça**, que não consegue dar à população uma resposta aos seus anseios.

Aqui, abro um parêntese para fazer uma outra reflexão que talvez parecesse até desnecessária, mas que dentro de uma concatenação de idéias é importante. O que se entende por Justiça? O vocábulo ora é entendido no seu conceito filosófico de valor sociocultural, como verdade ou atributo de quem é justo, equânime, correto, ora destinado a interpretar em outras ocasiões o conjunto de órgãos e instituições destinados a aplicar o Direito e a lei em caso da ocorrência de um dissídio individual ou coletivo. Nesse último sentido, o conceito aproxima-se da concepção de jurisdição, atribuição privativa do Poder Judiciário ainda que englobando órgãos de outros Poderes do Estado ou mais especificamente órgãos do Poder Executivo, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Procuradoria.

Para que se possa analisar a crise nesses dois segmentos, urge estabelecer as razões pelas quais elas ocorrem. Na minha concepção, essa crise de Justiça decorre de dois desvios acentuados na vida cotidiana da administração pública brasileira. Esses desvios podem ser sintetizados em dois segmentos tidos por mais importantes: a arbitrariedade e a corrupção. São dois desvios sociais que a prática administrativa brasileira, em todos os setores, vem mantendo e acentuando.

O que seria a arbitrariedade? Seria apenas a violência policial? De modo algum; coloco a arbitrariedade como o exercício do poder sem a observância dos limites expressos pelas normas jurídicas que regulam a atuação dos agentes do Estado em qualquer de suas funções. É o desvio em que o administrador ou o agente da administração pública incide ao exceder a permissão legal, ou seja, quando ele ultrapassa os limites da sua competência. Ela é cometida, via de regra, para a gratificação do próprio agente, para atender a reclamos de sua vaidade pessoal ou de sua personalidade, para prejudicar ou favorecer alguém que conte ou não com a sua simpatia, para fins políticos (v.g. nacionalistas, de segurança nacional), para obter vantagens pessoais de qualquer tipo ou para fins administrativos desviados daquela orientação.

Por outro lado, a corrupção não pode ser encarada, apenas, como decorrente de propinas financeiras. Em seu sentido mais abrangente, e não apenas na definição estreita do delito capitulado no artigo 333 do Código Penal, caracteriza-se pelo uso corrupto, viciado, desvirtuado, subornado do poder e, em geral, apresenta-se disfarçada ou simulada, acobertada por atos aparentemente corretos e formalmente perfeitos. A nomeação de funcionários públicos ao arrepio da lei, o favorecimento de amigos e familiares dos governantes com cargos pagos pelo dinheiro público, as diversas formas de tortura, as demissões por critérios políticos, os simulacros processuais, as apurações ou investigações aparentes, as conclusões de inquéritos que na verdade encobrem realidades, o enriquecimento particular às custas de poupanças alheias, os roubos e rombos previdenciários, os desfalques, as concorrências públicas, as caixinhas, as comissões ocultas, os jetons ilícitos e imorais, os dribles fiscais e a violência policial são apenas alguns exemplos do que denomino *desvio corrupto do poder*.

Tudo isso deve ser resolvido basicamente dentro da Justiça. A esperança da população no tocante a essa crise do Direito e a da Justiça está depositada nos nossos ombros. Podem pensar o que quiserem, mas estou absolutamente convencido do que digo e coloco isso à reflexão dos senhores: a sociedade brasileira espera do Judiciário um comportamento, uma postura ética capaz de combater essas práticas indevidas e que, ao longo dos anos, está formando uma grande crise social - a crise social da desconfiança nas instituições, nos agentes políticos, seus representantes e contra o Poder Judiciário. Aí está a grande *crise de Justiça*; a população se sente injustiçada, desamparada, desestimulada, desesperançada.

Nesse contexto, penso que a Escola da Magistratura deve ser o início, o caminho, o rumo, a orientação, não apenas técnica de novos juizes, mas o norte ético e comportamental, pois não é possível ter juizes com dupla personalidade: uma funcional, profissional e outra fora do trabalho judicial - somente os paranóicos ou os esquizofrênicos possuem dupla personalidade. Por essa razão, a Lei Orgânica da Magistratura determina que os juizes devam ter ilibadas condutas na vida pública e privada uma vez que não lidamos com esquizofrênicos, não tratamos com pessoas sujeitas a ter uma personalidade no trabalho e outra fora, já que isso é incompatível.

Por isso justamente, na abertura deste ano letivo da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, quero deixar com vocês as reflexões que aqui estou colocando, às vezes de forma desataviada. Todavia não posso admitir que a Justiça fluminense não vá responder aos anseios da nossa população e a preocupação que está embutida na inquietação de toda a sociedade. A crise de Justiça desemboca na crise da Justiça, nas dificuldades endógenas e exógenas que temos de enfrentar para superar a crise do Direito e a crise de Justiça. Nossas forças são limitadas; temos problemas cujas soluções não dependem de nós. Mas, independentemente de qualquer reforma constitucional sobre o Poder Judiciário, temos que trabalhar para alcançarmos resultados por nós mesmos. Essa é a reflexão que aos alunos e juizes do nosso Estado devemos fazer: problemas de composição do Tribunal, de formação do Conselho Nacional da Magistratura, de indicação do Quinto Constitucional, de reforma processual, de diminuição dos recursos são questões que não dependem diretamente de nós.

Podemos influir em tais questões limitadamente, mostrando aos representantes encarregados da votação dessas reformas o que pensamos, informando sobre a realidade da vida na administração da Justiça. Contudo, na verdade, teremos uma influência reduzida nessas causas exógenas. Todavia temos condições de, por vontade política, impor propostas objetivas para solução ou minimização dos problemas endógenos; na formação dos nossos juizes; na estruturação pessoal de cada magistrado, de modo a mudar a mentalidade de grande parte do nosso pessoal e assim, com mais celeridade na prestação jurisdicional, amenizar a angústia que paira na sociedade brasileira.

É preciso lembrar que no território fluminense já ocorreram, até em pequenas cidades, revoltas, saques, agressões, invasões e linchamentos. Isso aconteceu porque, a sociedade está brutalmente insatisfeita, desestimulada

e angustiada com a falta de justiça e principalmente com a falta de combate aos dois desvios acima apontados. Quanto a essa mudança de comportamento endógeno, a Escola da Magistratura irá fazer, promovendo a formação ético-cultural do juiz que se prepara para fazer o concurso, mais ainda a daquele que ingressa na magistratura e a do que está em processo de vitaliciamento. Tais pontos hão de ser debatidos a fim de que passe a fazer parte da consciência de cada um de nós. Sabendo que talvez seja esta a profissão que mais honra um cidadão na face da Terra - sua postura como magistrado.

Na abertura das atividades da nossa Escola, perante a sociedade brasileira, não perante apenas o Tribunal, nós havemos de ter de refletir sobre tais posicionamentos. Quero, para finalizar, colocando essas reflexões, aquilo que realmente penso, deixar para os alunos da Escola da Magistratura e para meus colegas de magistratura de primeiro e segundo graus um pequeno decálogo, que há alguns anos atrás na Conferência dos Advogados, eu elaborei e que, talvez, seja uma síntese daquilo que penso sobre a nossa postura. E digo assim para finalizar as minhas breves reflexões sobre este tema - **Crise da Justiça:**

1. Todo processo reflete um conflito, reivindica um possível direito, expressa uma aspiração vinda do âmago de um ser humano. Trate-o, portanto, como um pedaço vivo do coração de alguém.

2. O processo ideal deveria ter apenas um pedido inicial, uma resposta, uma investigação sumária e uma decisão. Seu curso, na verdade, não necessitaria mais do que uma semana, o tempo suficiente para a criação do mundo.

3. Na direção de um processo não peça nunca às partes que provem o óbvio. O dia que nasce não precisa de certidão de nascimento. O dia que morre jamais necessitou de certidão de óbito.

4. Não transfira a responsabilidade que é sua. Não passe adiante um processo sem que tenha certeza absoluta de sua impossibilidade de decidir. Não invente impedimentos e nem crie vinculações indevidas.

5. É sempre melhor uma decisão imperfeita do que a ocorrência dos famigerados “embargos de gaveta”, à espera de melhor inspiração. Não deixe o sol se pôr sobre o seu processo ao fim de um dia de trabalho.

6. Em princípio, a procedência é melhor do que a improcedência, da mesma forma que o “sim” é melhor que o “não”. Quando tiver que dizer “NÃO”, diga-o logo, com piedade, honesta e sinceramente. É menos viru-

lento um “NÃO” honesto e imediato, do que um “SIM” concedido ao cabo de interminável burocracia.

7. Não tema decidir com honestidade. Não é pecado errar. Não há, no entanto, salvação para o Juiz covarde. O mundo jamais perdoou a suprema pusilanimidade de Pilatos.

8. Abomine os processos frios, sem alma e sem coração. Cuidado com a forma! Existem “lindos pareceres” que agridem, “belos despachos” que ferem, “judiciosas decisões” que aviltam a sua toga.

9. Decida sempre como se de sua decisão dependesse a vida de alguém: por vezes depende. Decida sempre e sempre como se o interessado fosse seu irmão: ele o é.

10. Creia no Amor e que o espírito é vivificador. Acredite mais na intenção do que no sentido literal da linguagem. Cuide do homem e não, do papel! ◆

ASPECTOS ATUAIS DA APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES

Desembargador TJ/RJ. Professor Titular de Direito Civil - Universidade Federal Fluminense

“No os dejéis, ante todo, seducir por el mito del legislador. Más bien, pensad en el juez, que es verdaderamente la figura central del Derecho. Un ordenamiento jurídico se puede conseguir sin ley, pero no sin juez. El hecho de que, en la escuela europea continental, la figura del legislador haya sobrepujado en otro tiempo a la del juez, es uno de nuestros más graves errores. Es bastante más preferible para un pueblo el tener malas leyes con buenos jueces que no malos jueces con buenas leyes. No llegaré hasta el extremo de aconsejaros que repudiéis el Derecho legal, pero tengo la conciencia tranquila al encomendaros que no abuséis, como nosotros hoy lo estamos haciendo. Y, sobre todo, cuidado mucho de la dignidad, el prestigio, la libertad del juez y de no atarle demasiado en corto las manos. Es el juez, no el legislador, quien tiene ante sí al hombre vivo, mientras que el hombre del legislador es desgraciadamente una marioneta. Y sólo el contacto con el hombre vivo y auténtico, con sus fuerzas y sus debilidades, con sus alegrías y sus sufrimientos, con su bien y su mal, pueden inspirar esa visión suprema que es la intuición de la justicia.”

Carnelutti, palavras pronunciadas em Congresso em Veneza, 1963, *apud* Luis Recaséns Siches, **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”**, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971, p. 488.

I. PROBLEMAS DA APLICAÇÃO DA LEI

1. As expressões de Carnelutti narram, de forma insuperável, o drama e a magna tarefa de pôr o Direito, como tal concebido o constante do

ordenamento positivo, em contato com a vida, em que se resume sua aplicação. Erige-se esta obra em permanente desafio ao magistrado, a quem incumbe, em primeira linha, promovê-la, aos advogados, que provocam sua atuação, aos membros do Ministério Público, ao qual se comete o mister de guardião das Leis, aos Professores, com a árdua missão de falar a seus alunos, em lições propedêuticas, sobre a Interpretação das Leis e a Aplicação do Direito, aos juristas que a estudam em toda amplitude, profundidade e em sua evolução histórica, a todos, enfim, quantos lidem com as afanosas atribuições da profissão jurídica.

Mas, concerne, antes do mais, ao Homem, centro de imputação e destinatário das relações jurídicas.

Fica-se, pois, a indagar: a que devem todos se ater, qual deve ser a principal preocupação - velar pelo distante e impassível texto das Leis ou procurar dar-lhes vida e presença, preenchendo de significação humana o teor que encerram?

Até que ponto pode o magistrado, sem o risco de comprometer a tão decantada prevalência e unidade do ordenamento positivo, corresponder àquela expectativa?

A questão é antiga, remonta às especulações da Filosofia grega, com os sofistas, na argumentação especiosa, com Sócrates e Aristóteles na tópica e na dialética, penetra toda a Ciência Jurídica romana, sendo alvo das cogitações de Cícero, atravessa os pensamentos medievais, encontrando rematada expressão na escolástica de Santo Tomás de Aquino, antecedida das profundas reflexões do Bispo de Hipona, Santo Agostinho, em suas *Cidades de Deus e dos homens*, inspiradas também nas práticas de Santo Ambrósio, fulgurante Bispo de Milão, que o converteu, *exemplo da encarnação do gênio romano depurado pelo cristianismo* (Mário Curtis Giordani, *Iniciação ao Direito Romano*, p. 26). Projeta-se, afinal, com a intensidade das águas que jorram no oceano das perplexidades e dúvidas dos homens, nas mais diversas escolas jurídicas da época moderna e contemporânea, avolumando o caudal de seu curso após as grandes codificações do século passado, nos países europeus.

Torna-se, a procelosa matéria, o núcleo de críticas e debates em diversos caminhos que se formam, ao redor de aplicações da *common law*, no jurisprudencialismo do Direito norte-americano, em que avultam as figuras de Holmes, Roscoe Pound, Benjamin Cardozo, Jerome Frank, dentro tan-

tos outros, e permanece, sem resposta conclusiva, nas indagações dos juristas de hoje.

Até se parecem esquecidos da permanente lição das Escrituras: *A letra mata; o Espírito vivifica*.

2. Em última análise, cogita-se, também, na feliz expressão de um magistrado luso, do problema da *injustiça* da lei e da *certeza* do direito (Vassanta Porobo Tambá, **A Jurisprudência – seu Sentido e Limites**, Livraria Almedina, Coimbra, 1971).

3. A esta matéria dedicaram grandes jurisfilósofos e juristas nacionais e estrangeiros o mais profundo de seus conhecimentos, esforços e atenções. Pode-se dizer não haver renomado autor brasileiro que não tenha sobre a mesma se debruçado.

Lembrem-se a clássica obra, entre nós, de Carlos Maximiliano, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, em boa hora reeditada, a mais recente de Alípio Silveira, **Hermenêutica Jurídica**, sem falar de trabalhos específicos e dissertações em livros de notáveis mestres, como Caio Mário da Silva Pereira, Serpa Lopes, Orlando Gomes, Santiago Dantas, Moreira Alves, Limongi França, Arnoldo Wald e muitos outros que engalanam o Magistério jurídico pátrio.

4. Nada teríamos ou temos a acrescentar – seria censurável veleidade imaginar o contrário – a tantas páginas e sedimentadas lições, que exauzem a difícil problemática suscitada pelo tema.

Nosso esforço se dirigirá a resumir posições e perspectivas em área na qual não se chegou a uníssona solução, até porque o dinamismo intrínseco da Vida, a Transcendência do Homem e a Incerteza do Porvir não ensejam conclusões acabadas nem rumos definidos.

5. Eis por que mais relevante ainda se revela o papel reservado ao intérprete, que não pode se restringir ao de copista ou mero leitor do texto legal, mas há de inspirar-se no sentimento maior que encanta o Direito, a lhe iluminar os caminhos: a sede e a perene busca da Justiça.

II. APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

6. No ensinamento de Carlos Maximiliano, *op. cit.*, Editora Livraria de O Globo, 1923, p. 11, a aplicação

“consiste em enquadrar um caso concreto numa norma jurídica adequada. Submette às prescrições da lei uma relação da vida real;

procura e indica o dispositivo adaptável a um facto determinado. Por outras palavras, tem por objecto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano.”

Distingue-a da Hermenêutica (**Auslegung**, no Direito alemão, termo mais completo, p. 7), que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.

A Aplicação não prescinde da Hermenêutica (p. 14), mas a pressupõe, como a medicação à diagnose. *A Hermenêutica tem um só objeto: a Lei, A Aplicação, o Direito, no sentido objetivo, e o fato.* A Hermenêutica é o meio para atingir a aplicação, é momento da atividade do aplicador. Revela o adaptador da doutrina à prática, da Ciência à realidade: o verdadeiro juriconsulto.

A Interpretação, por sua vez, consoante ainda o Mestre, no que é acompanhado por Serpa Lopes (**Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**, v. 1, 2ª ed., p. 103), é a aplicação da Hermenêutica cuja função é descobrir e fixar os princípios que regem a primeira. *Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar* (Carlos Maximiliano, **Ibidem**, grifos nossos).

7. Controverte-se quanto à oportunidade e à conveniência de inscreverem-se em um Código regras de hermenêutica, que mais cabem à Doutrina e à Jurisprudência, desprovidas de caráter imperativo. Nossa Lei de Introdução consagra, no art. 5º, regra daquela natureza, ao preceituar que, *na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*, seguindo a orientação do art. 12 das Disposições sobre a lei em geral do Código Civil italiano.

O Código Civil francês, por outro lado, contém regras de interpretação dos contratos (arts. 1.156 a 1.162), elaboradas por Pothier.

8. Interpretar a Lei, sublime função do Magistrado, é, no dizer do inolvidável Ministro Carlos Maximiliano (*op. cit.*, p. 15), *explicar, esclarecer, mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, da frase, sentença ou norma tudo que na mesma se contém*, inclusive o silêncio.

Clóvis Bevilacqua, na singeleza profunda de seu Saber, assinalou, de forma inexcedível, o significado da interpretação: *Interpretar a lei é revelar o pensamento que anima suas palavras* (**Teoria Geral do Direito Civil**, 7 ed., p. 37).

9. O Juiz, nas expressões de Ferrara (**Trattato di Diritto Civile Italiano**, p. 195/96 e **Interpretação e Aplicações das Leis**, tradução de Manuel A. D. de Andrade, Saraiva & C^a., 1934, p. 1), é o *intermediário entre a norma e a vida*. É a *viva vox juris*, traduz o comando abstrato da lei em concreto. Como executor, não criador da lei, no aplicar o Direito, atua em três estágios:

- a) verifica o estado de fato objeto da controvérsia;
- b) determina a norma jurídica a aplicar;
- c) pronuncia o resultado da subsunção da espécie à norma.

Propõe-se um silogismo, em que a premissa maior é a Lei, a menor a espécie e o resultado a sentença.

Não se trata de atividade mecânica, porém, eis que, de há muito, não se reduz ao entendimento do mero e frio texto legislativo, não se restringindo à sua leitura e à chamada interpretação gramatical, afeita aos dados de conhecimento da Filologia.

Cumprir-lhe penetrar-lhe o sentido e o alcance, captando a *mens legis* e apreendendo sua *ratio*. Importa dar vida ao texto.

Destarte, não mais prevalece hoje o brocardo *in claris cessat interpretatio*. Como já reconheciam os próprios romanos, *Scire leges non hoc est verba earum tenere sed "vim ac protestatem"* (Dig., L I, tít. III, fr. 17).

Objeto da interpretação jurídica é toda norma, figure na Lei, no costume, no tratado ou na decisão judicial (Caio Mário da Silva Pereira, **Instituições de Direito Civil**, v. I, n^o 38, p. 125 e segs.).

III. ESPÉCIES DE INTERPRETAÇÃO

10. Didaticamente, a interpretação da Lei tem recebido classificações para melhor aplicação de seus métodos e processos. Reportando-se, assim, a Tito Fulgêncio, cujas categorias são abrigadas, com matizes, por outros autores (Carlos Maximiliano, Serpa Lopes, dentre vários), o Prof. Caio Mário da Silva Pereira divide-as em dois grupos, em função da origem e dos elementos. Quanto ao primeiro critério, diz-se autêntica, judicial ou doutrinária. Em razão do segundo, gramatical, lógica e sistemática.

Ressalva-se, porém, que a atividade interpretativa é, em sua substância, una. Para Ferrara, que assim entende, ela é complexa, de natureza lógica, prática e implica na indução, das circunstâncias, da vontade legislativa. Os diversos meios somam-se a este fim para obter o sentido legislativo, em

ordem a que venha o intérprete a descobrir o real conteúdo da norma, reconstruindo o pensamento legislativo, descendo da superfície verbal, em expressão tão ao gosto do inesquecível Ministro Orosimbo Nonato, a seu conceito íntimo e o desenvolva em todas as possíveis direções.

Em sentido amplo, compreende também a analogia, que não cria o Direito, porque permanece vinculada à Lei.

IV. INTERPRETAÇÃO CLÁSSICA. PROCESSOS

11. Como visto, em face de critérios tradicionais, levando-se em conta sua origem, tem-se, inicialmente, a interpretação autêntica, também denominada pública (Cunha Gonçalves), quando, por via de outra lei, ou pelo costume, se for o caso, determina-se o sentido da norma, cujo texto padece de ambigüidades ou de falta de clareza.

Conquanto se houvesse, na Grécia clássica e em Roma, episodicamente e em vão, tentando cercear os poderes dos juízes, sob pretexto de deixarem sob risco a liberdade e a segurança dos indivíduos, recusando-lhes a inteligência da norma, foi aquela forma de interpretação revigorada, com a Revolução Francesa, sob a inspiração das teses da Separação de Poderes e sob o temor de que viessem as leis, ainda que novas, a serem aplicadas em favor dos privilégios, abolidos, da nobreza. Proibiu-se, assim, aos Juízes interpretarem a Lei, o que deveria realizar o Parlamento em caso de dúvidas. Originou-se a genuína interpretação autêntica, que desaguou mais tarde na Escola da Exegese, fruto do liberal-individualismo, vivificada por Laurent, que entronizava os textos acima de tudo. Serve mais à Democracia, expunha aquele autor, o intérprete que os segue com rigor (Cf. Alípio Silveira, **Hermenêutica Jurídica**, p. 147 e segs.).

Lembre-se, ainda, no culto à letra, haver Justiniano, pelo receio de deturpações, vedado comentários ao Digesto, autorizando apenas suas traduções literais, índices e remissões a dispositivos sobre o mesmo assunto, colocados em lugares diferentes, determinação, todavia, não obedecida, porquanto sob a denominação de índices, se fizeram comentários (Ministro Moreira Alves, **Direito Romano**, v. I, 1983, p. 63).

Sabe-se haverem desagradado a Napoleão os primeiros comentários sobre o Código Civil francês, o seu Código, como salientou o Prof. Caio Mário da Silva Pereira, em magna conferência sobre o “Código Napoleão – Influência nos Sistema Jurídicos Ocidentais”, Belo Horizonte, Faculdade de Direito, 1990. Dissera o estadista: “*Mon Code est perdu*”, porque, para

ele, no exílio em Santa Helena, nas frases do conspícuo conferencista, a verdadeira glória não residia em ter ganho quarenta batalhas: “*Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce qui rien n’effacera, ce qui vivra éternellement, c’est mon Code Civil*”. Ao que Savatier acrescentou, na citação do Mestre brasileiro: “*Toucher à la loi c’est un sacrilège*”.

Pois, como expôs, com suma proficiência também o Prof. Haroldo Valladão, em profundo estudo sobre a **Reforma do Código Civil**, Rio de Janeiro, 1975, aquele Código e outros que se lhe seguiram, nas concepções da época, reputavam-se filhos de três Deuses: Razão, Constituição e Lei, grandes e imperecíveis monumentos filosóficos, lingüísticos, lógicos e jurídicos para a glória e felicidade de cada estado ou Nação.

12. Consiste, assim, a interpretação autêntica, no mais freqüente, na interpretação da lei pela própria lei, que, por seu conteúdo de lei pretérita, que busca esclarecer, não vigora apenas para o futuro, mesmo quando complete lacuna da lei anterior.

Tem, desta forma, como característica a eficácia retroativa, classifica-se na mesma hierarquia da norma interpretada e submete-se à inteligência de suas disposições.

13. Interpretação judicial é a que promove o Juiz no aplicar a Lei à espécie. Em torno dela, suscitam-se, hoje, as magnas questões do tema, resumidas nas expressões de Canelutti, que introduzem esta palestra. Luis Recaséns Siches, que as invoca, em sua alentada obra, **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”**, cit., desenvolve largamente aquela missão do magistrado, que vincula, indissociavelmente, à realização do Direito, reiterando, como um refrão, que “*puede haber un orden jurídico sin legislador; pero no puede haberlo sin jueces*” (p. 541 e segs., v.g.). Destaca ainda que a função jurisdicional e a maneira de interpretar o Direito escapam, inteiramente, à competência do legislador. Ao sustentar a tese dos *logos do razoável* como apta a conferir sentido àquela desafiante tarefa, permitindo adequar o texto da norma à realidade cambiante da vida, a que se destina, invoca significativa referência do Lord Mac-Millan àquele propósito: o que faz o Juiz é exatamente precisar o sentido do Direito para cada caso (*op. cit.*, p. 546).

A interpretação judicial não se reveste, todavia, de caráter normativo. As súmulas, Prejulgados e Uniformizações de Jurisprudência, no nosso sistema jurídico, não contêm norma jurídica, apenas cristalizam a jurisprudência das Cortes. A Súmula do Supremo Tribunal Federal, em sua real acepção,

não passa de mero instrumento de trabalho que simplifica o julgamento, dispensando a repetição de seus fundamentos (Ag. 121 – 969 – 6 – AgRg – RJ, Rel. o Min Moreira Alves, *in* DJU de 5.2.88, p. 1.839).

14. Faz-se mister, para que se repute judicial, que a interpretação figure na parte conclusiva da sentença, que faz coisa julgada. Nos motivos, além de carecer de cunho de generalidade, não desponta perante terceiros nem frente a outros órgãos judicantes.

Sucedo diversamente no sistema da *common law*, no qual a *ratio decidendi* vincula, valendo mais do que meros *obiter dicta* (Prof. João de Castro Mendes, **Direito Comparado**, Ed. AAFLD, Lisboa, 1982–1983, p. 212).

15. Doutrinária é a interpretação que emana do labor do jurista, em dissertações de índole teórica, cuja autoridade depende de seu autor e do teor das reflexões meditadas em face da Lei *in abstracto*, sem influência dialética ou interesse imediato.

16. No tocante aos elementos da interpretação, diz-se esta gramatical ou literal, quando se prende à análise filológica do texto, à sua linguagem, ao significado dos termos, que pode ser outro, técnico, distinto do comum. Assim, os de posse, boa fé, legado, caso fortuito e muitos outros.

Corresponde a estágio primitivo na interpretação das leis, quando suas palavras guardavam sentido místico e se revestiam de invólucro sacramental, partindo do princípio de não haver termos inúteis ou que conduzam ao absurdo, prestando-se, todavia, pela servil obediência ao texto, à fraude à lei, empanando-lhe o espírito.

Luis Recaséns Siches (op. cit., p. 541 e segs.) adverte contra suas falhas e perigos: a uma, os termos empregados pelo legislador não têm, necessariamente, o significado que lhes atribuem os léxicos, mas são lidos e entendidos segundo a compreensão comum que se lhes atribui em determinado tempo e lugar, que podem ser outros quando da aplicação da lei; à outra, porquanto o mesmo vocábulo encerra mais de uma acepção, não se podendo, demais disso, elaborar noções gerais comuns a vários sistemas (a hipoteca, por exemplo, nos Direitos inglês, americano e mexicano).

17. A interpretação lógica ou racional, a que Recaséns Siches prefere dominar lógico-formal ou racional, investiga o espírito da disposição, dessume-se de fatores racionais, da gênese histórica, da conexão com outra norma e com o sistema inteiro.

Para levá-la a cabo, impõe-se atentar para as relações da vida, para que foi criada a norma, a qual visa satisfazer a exigências econômicas e sociais que emanam da relação social.

O fim não fornece, porém, por si só, seu real conteúdo, porque pode ser alcançado por várias vias e pode ter havido equívoco do legislador quanto aos meios. O fim, no elegante dizer de Ferrara (**Trattato**, *cit.*), é o raio de luz que clareia o caminho do intérprete.

Da **ratio legis**, de que aqui se cogita, se distingue a **occasio legis**, a saber, o conjunto de circunstâncias históricas que circunda a elaboração da Lei, como, por exemplo, a situação de revolta e perturbação interna que precedem a edição de diplomas restritivos de liberdades pessoais.

A **ratio legis** pode mudar com o tempo, conferindo atualidade à norma, constituindo esta possibilidade fundamento da interpretação evolutiva.

18. Na interpretação sistemática, o trabalho de comparação do intérprete vai mais longe, buscando a fixação de princípios norteadores do sistema, para, de seu confronto com a norma, dela extrair o significado que com ele se compatibilize.

Funda-se em que Direito não é um aglomerado disperso de preceitos, mas um conjunto, orgânico e harmonioso, de regras que guardam correlação entre si e se reportam a princípios inspiradores mais elevados, os gerais de Direito.

19. Autores se referem ainda à interpretação histórica, que não se alça, todavia, a este plano, sequer configurando, hoje, método de interpretação. Cuida-se de recurso auxiliar na investigação do intérprete. Diz respeito ainda aos trabalhos preparatórios da Lei, que não assumem atualmente a importância que antes apresentavam, na medida em que a **mens legis** não se identifica com a **mens legislatoris**, hoje de difícil aferição diante da heterogeneidade na composição dos órgãos legislativos e dos próprios processos internos de votação dos projetos-de-lei. Diz, antes, com a matéria **interna corporis** daqueles órgãos. Comparam-se às tratativas no contrato.

V. INTERPRETAÇÃO MODERNA

20. A orientação clássica se fazia obediente à Lei.

Assim, referem os autores, ocorreu no Direito Romano, em fase inicial, pelo apego à forma, somente mais tarde alçando-se o jurista à abstração de conceitos e cuidando de regras de hermenêutica. De igual modo sucedeu na Idade Média com a escola de glosadores e pós-glosadores, te-

cendo estes comentários mais profundos e, mais tarde, com a liberação da forma pela escola culta de Cujácio.

Repetiu-se o fenômeno da exegese, presa ao texto, com os comentadores do Código Napoleão, à qual se retornou com a jurisprudência dos Conceitos, de Savigny, sob a égide da Lógica formal.

21. Daí a reação que se seguiu com a Escola de Direito Livre, propondo novos métodos de Interpretação, permitindo-se, em alguns países, ao Juiz corrigir e completar a Lei, guiado por orientações subjetivas, com a valoração de interesses pelos próprios sentimentos, criando regras no lugar e ao lado do Direito positivo.

Não era a Lei que, unicamente, produzia o Direito, mas, também, a jurisprudência, os costumes, a equidade e os fatores sociológicos.

Foram seus corifeus, com matizes próprios de opiniões, François Géný, Bülow, Kohler, Kantorowicz, Schlossmann, Erhlich, Stammler, que preconizava o Direito Justo, Mayer.

Não havia acordo, porém, entre os defensores desta corrente: para uns, só o Juiz pode criar o Direito no silêncio da Lei; para outros, ao proceder à interpretação lógica; e, para outros ainda, em qualquer caso.

22. Contra a Escola Livre ergueram-se estudiosos vários, apontando-lhe o grave defeito de comprometer a segurança jurídica, gerando estado de anarquia. Dentre os opositores, destaquem-se Unger, Dernburg, Hellwig, Polacco, Coviello, Degni, Pacchioni, Bugri.

Os tribunais devem obediência à Lei e a jurisprudência não pode mudar ao sabor das tendências do dia e das classes e partidos políticos.

23. Os partidários da Escola Livre, todavia, centravam suas críticas na excessiva abstração do método tradicional, que ficava agrilhado a conceitos lógicos e formais, distanciando-se da realidade da vida, da natureza das relações sociais em causa e da própria finalidade do Direito.

Em seu modo de ver, não há vontade da Lei, sendo esta a que os homens lhe atribuem, haja vista às constantes mutações da jurisprudência.

24. Por evidente, que esta concepção não poderia prevalecer, quando não fosse pela repartição constitucional dos Poderes, nos países que a consagram.

É certo prescrever o art. 4º do Código Civil suíço, em tímida aplicação daquelas idéias, ter o Juiz de decidir de acordo com o direito e a equidade, quando a lei se referir a seu critério ou a circunstâncias ou motivos poderosos.

No entanto, não chancela as teses da Escola Livre.

25. A interpretação, que, essencialmente, é sempre teleológica, e não há concebê-la de outra forma, porque confere eficácia prática à jurisprudência, está vinculada à Lei, quer pela aplicação lógica, quer pela analógica, cujos germes e meios se contêm no Direito positivo. O princípio não é invenção do jurista, porém descoberta do Direito, que se encontra latente no Direito positivo.

Esta, a lição de Ferrara, para quem não se pode conceder ao magistrado um *salvoconduto teórico para a violação da lei*.

Daí que, devido a críticas procedentes ao exagero formal da escola tradicional, evoluíram os cultores do Direito para métodos que, preservando a lógica e o valor intrínseco do sistema, levavam, todavia, em conta os dados da realidade, que plasmam a espécie à espera de decisão.

Saleilles, na França, que apreendeu o método histórico-evolutivo, sustentava dever a interpretação inspirar-se em fatores sociais, com o sentimento da utilidade social. “*Au déla du Code Civil, mais par le Code Civil*”, proclamava.

Segundo Ferrara, trata-se de método verdadeiro, que não se desvia, porém, da inteligência do tradicional. Repousa sobre dois cânones: a) a **ratio legis** é objetiva; b) é atual. Assume, com o evoluir do tempo, coloração diversa, sem mudar-se a Lei, permitindo ao magistrado aplicá-la a casos novos, dando-lhe sentido atualizado.

26. O art. 5º da nossa Lei de Introdução ao Código Civil filia-se a essa posição intermédia, ao estabelecer que, na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Segundo o Professor e Desembargador Serpa Lopes, em seus **Comentários à Lei de Introdução do Código Civil**, v. 1, p. 121 e segs., os fins sociais dizem algo do sistema teleológico, constituindo-se o *Bem Comum*, de noção tomista, nas justas exigências.

Por outro lado, autoriza o art. 127 do CPC., em casos previstos em lei, a decidir o Juiz por equidade, como se legislador fora.

VI. ASPECTOS ATUAIS DA INTERPRETAÇÃO DA LEI

27. A evolução jurídica, a aproximação de povos de sistemas jurídicos diferentes, sua reunião em blocos como na Comunidade Econômica Européia, e a Informática, por outro lado, têm introduzido fatores e pers-

pectivas atuais no concernente a formas e métodos de interpretação, a partir da concepção de novas fontes jurídicas.

Em tema de codificação, por exemplo, o Código Civil português, de 1966, além de alargar a possibilidade de julgamento por equidade, quando haja acordo das partes e a relação jurídica não seja indisponível (art. 4º, “b”), permite, no art. 10, nº 3, ao cuidar da integração das lacunas da lei, na falta de caso análogo, ser a situação resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.

Prescreve, no art. 8º, a obrigação de julgar e o dever de obediência à lei, fixando, em seu nº 2, que esta não pode ser afastada sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo.

Mas, no art. 9º, ao ocupar-se da interpretação da lei, estabelece em seu item 1º não dever cingir-se à sua letra, mas reconstituir, a partir dos textos, o pensamento legislativo, tendo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

Adita, no nº 2, não poder, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.

Este Código, aliás, se caracteriza, em tendência científica e moderna, por adotar tipos de formulação mediante conceitos gerais e abstratos, na linha do BGB. Recorre, pois, a cláusulas gerais, *standards*, ou escalões jurídicos, isto é, critérios valorativos de apreciação, e a conceitos indeterminados para construir hipóteses legais. Citem-se como exemplos das primeiras: a boa-fé, os bons costumes, a ausência de causa justificativa, a equidade, o abuso de direito; de conceitos indeterminados: as demais circunstâncias do caso, a diligência de um bom pai de família, a gravidade, a violação grave (Carlos Alberto da Mota Pinto, **Teoria Geral do Direito Civil**, Coimbra Editora Ltda. 1976, p. 43).

Para o saudoso jurista luso,

“significa tal introdução de cláusulas gerais e conceitos indeterminados um intuito de dotar o Código Civil com uma possibilidade de adaptação às várias situações da vida, adaptação fundamentalmente a cargo da jurisprudência, a quem incumbe concretizar estes critérios e conceitos carecidos de preenchimento”
(grifos nossos)

28. Juristas europeus têm enfatizado a penetração do sistema da *civil law* por conceitos jurisprudenciais emanados da *common law*, sobretudo agora em face da almejada unificação européia.

Por outro lado, diante do alargamento do uso da Informática no Direito, ensejando a compilação e sistematização das decisões judiciais, fala-se no deslocamento do eixo do sistema jurídico continental da Lei para aquelas (Prof. François Terré, em conferência sobre “A Crise do Direito”, no V Congresso de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, 1987).

É verdade que em recentes intervenções a respeito do papel reservado à jurisprudência hoje, autores franceses (Jean Luc Aubert, Monique Bandrac, André Breton, Carbonnier, Gérard Cornu, Michelle Gobert, François Terré, André Tunc e Frédéric Zenati) externaram opiniões distintas sobre seu alcance e limites (**Revue Trimestrielle de Droit Civil**, nº 2, avril-juin 1992, p. 337 a 361: “*La jurisprudence aujourd’hui – libres propos sur une institution controversée*”). Se Jean Luc Aubert manifesta-se em favor de rebeliões construtivas, Gérard Cornu alude ao mito do juiz-legislador, sendo ilusão aguardar, da jurisprudência, a salvação do poder normativo, constituindo-se o Juiz fonte de justiça todos os dias. Michelle Gobert reporta-se à jurisprudência, fonte de direito triunfante, porém ameaçando, implicando a interpretação em criação (“*qui dit interprétation dit création*”). François Terré interroga, de forma mordaz: “*Jurisimprudence*”?, ressaltando Frédéric Zenati a observação de não se identificar, no julgamento, uma regra de direito, porquanto diz com o caso, carecendo dos atributos de abstração, generalidade e impessoalidade, o que outros também consignam.

No Direito norte-americano, a escola de jurisprudência crítica, a que se filiam também Professores de Harvard, propõe *train lawyers to question the law* (**Business Week**, June 6, 1998, p. 6).

Deixa a Lei de ser a Alma do Reino, como era havida na Idade Média (*apud* Diogo Leite de Campos, in **A Invenção do Direito Matrimonial**, Coimbra, 1989, p. 60, nota 110). Aliás, juristas italianos, como Natalino Irti, em trabalho sobre **Le Leggi Speciali (Letture di Diritto Civile, raccolte da** Guido Alpa e Paolo Zatti, Cedam, 1990, p. 85), põem em destaque a mudança no próprio conceito de lei, que, diante do movimento no sentido dos microssistemas legislativos, na época da descodificação, que caracteriza nossos dias, despe-se do cunho de generalidade, pois destina-se apenas a

determinados grupos de pessoas (locatários, arrendatários rurais, empregados etc.), das quais se torna um estatuto.

Concede-se, de qualquer modo, inequivocamente, hoje, mais descrição ao Juiz, sem descurar da segurança e harmonia do sistema jurídico.

29. Diante desses aspectos, ajusta-se como um critério apto a atender a tais necessidades o da interpretação pela lógica do provável, sugerida pelo Prof. Arnoldo Wald (“Os métodos Modernos de Interpretação”, in **Revista do Direito Civil**, nº 31 p. 7 e segs.), em que os juízos de valor são aferidos segundo a categoria do razoável e não conforme os esquemas do racional da lógica formal. O razoável, nas palavras do Mestre, refere-se sempre à situação concreta, procura conciliar os princípios de equidade com a segurança jurídica, ante a necessidade de solução em face do caso concreto, em que entram em relevo os valores econômicos e sociais envolvidos e expressos na norma concreta.

Traz à colação a opinião do Prof. Miguel Reale, (**Estudos de Filosofia e Ciências do Direito**, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 79), do abandono da estrutura lógico-formal, para ser entendida em termos retrospectivos das fontes e prospectivos de modelos, em razão de uma estrutura histórica concreta. O jurista há de utilizar-se da elasticidade do modelo para a adequada atualização, sem menosprezo aos valores essenciais da certeza e da segurança.

Cita o Prof. Arnaldo Wald como exemplo dessa realidade a aplicação do Direito Bancário e Tributário, em que guarda maior importância o resultado econômico do que a forma ou relação jurídica. Consiste na interpretação econômica (*Wirtschaftliche Betrachtungsweise*).

Esta é a tese sustentada com amplo e profundo domínio do tema pelo jurisfilósofo mexicano Prof. Luiz Recaséns Siches (*op. cit.*), na qual, após longa e exaustiva exposição das mais variadas correntes de pensamento que se formaram na matéria, defende ser o *logos do humano ou razoável*, aferível diante da riqueza e variedade dos casos concretos, com raízes na concepção aristotélica do próprio *logos*, do qual é uma das facetas, o único critério válido para dar vida e fundamento à norma jurídica. Repudia a tradicional lógica formal ou racional, que estereliza o Direito.

Sustenta ser impossível estruturar em um sistema de pura lógica dedutiva o Direito positivo, sendo, por conseguinte, impossível elaborar a ciência dogmática da ordem jurídica positiva ou de qualquer de seus ramos como um sistema de puras inferências. Por outro lado, nenhum conjunto de

normas elaboradas por uma instituição humana pode prever todas as contingências que se apresentam, nem determinar todas as medidas para seu tratamento. Em assim sendo, resulta que o órgão judicial, que há de decidir a respeito de todos os problemas que se lhe apresentem, necessariamente tem de criar ou descobrir as normas pertinentes para a solução dos novos casos e para preencher as lacunas que inevitavelmente há nas leis (op. cit., p. 520 e segs.).

A aplicação do Direito é, deste modo, parte integrante da norma.

Santo Tomás de Aquino, aliás, conceitua a Lei como a *ordenação da razão, promulgada pela autoridade competente, em vista do bem comum* (“*est quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam habet communitatis promulgata*” – apud Alípio Silveira, op. cit., v. 2, p. 80).

30. E este moderno método de interpretar e aplicar o Direito, sobre seguir a luz dos tempos, amolda-se ao preceito do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, quando determina atenda o Juiz aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum. E concilia-se com o método histórico-evolutivo.

VII. EQUIDADE

31. Tema atraente, de que se socorrem os magistrados para fazer a justiça que o caso exige.

Já invocada em Roma, em cujo Direito penetrou por influência da filosofia grega (Mário Curtis Giordani, **Iniciação ao Direito Romano**, Lj, p. 171), apresenta-se no período clássico sob a inspiração de ideal de justiça, nos pós-clássico com o sentido de benignidade, benevolência (Moreira Alves, **Direito Romano**, v. I, 5 ed., nº 65, p. 92/3), e contribuiu para a formação do Direito pretoriano.

Na Inglaterra, as Cortes de *Equity* plasmaram outra fonte de Direito, ao lado da *common law*, introduzindo prescrições e institutos que esta não previa.

Sendo uma das características da última a tipologia das ações, para obter-se a tutela jurídica em favor de uma situação para qual se previra um *writ* e que merecia, por justiça, ser conhecida, o interessado recorria diretamente ao Rei, representado por seu Chanceler, para pedir-lhe, como mercê, que *interviesse para satisfazer à sua consciência e como ato de caridade* (Castro Mendes, op. cit., p. 193 e segs.).

Daí surgiram inúmeras regras jurídicas com base em princípios de justiça e que, apesar de aplicadas a casos particulares, passaram a constituir regras gerais, que, em máximas, fixaram posições em face da *common law*. Dentre estas, destaquem-se: “*Equity looks to the intent and not to the form; Equity does not allow an statute to be made an instrument of fraud; He who comes into equity must come with clean hands*” (Cf. Lino de Moraes Leme, “Direito Civil Comparado”, **RT**, 1962, p. 63/4). Demais disso, por seu caráter de praticidade, introduziu a *equity* inovações no Direito inglês: a execução específica dos contratos, a anulação por vício de vontade, a cessão de crédito e outras soluções jurídicas que a *common law* não conhecia e para as quais não continha esses remédios.

32. Aristóteles definia a equidade como a “*mitigação da lei escripta por circunstancias que ocorrem em relação às pessoas, às coisas, ao lugar ou aos tempos*” (Apud Carlos Maximiliano, **Hermeneutica**, p. 184).

33. Estabelece o art. 127 do Código de Processo Civil que o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Em recente e profundo artigo sobre “A palavra e seu significado”, no **Jornal do Brasil** de 27.7.92, professa seu magistério Dom Lourenço de Almeida Prado:

“Como observa Santo Tomás, que deveria ser mais lido pelos juristas, a lei regula atos humanos, mas, como estes variam ao infinito, não pode atendê-los a todos.

Daí precisar a justiça, para ser plenamente justa, do aprimoramento da epieikeia, que os latinos traduziam por equidade. A epieikeia, sem negar a lei, segue o que postula a justiça, de preferência à letra da lei” (Cf. S. Th. 2ª 2ª Q – 120).

Consistem aqueles casos, segundo Edson Prata (“Equidade”, em **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 51, p. 35 e segs.) no art. 1.075, IV, do CPC, ao autorizar os árbitros a julgarem por equidade; no art. 1.100, VI, ao cominar nulidade para o laudo arbitral proferido por equidade sem autorização; no art. 1.095, II, ao erigir como requisito essencial do laudo a menção de que foi a decisão proferida por equidade; no art. 1.109, ao dispensar o Juiz, quando decidir no procedimento especial de jurisdição voluntária, de observar o critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

Sustenta o autor não se adstringir a equidade às hipóteses elencadas no CPC, dilargando-se sua aplicação como meio de interpretação da norma legal, para justa aplicação ao caso concreto, não dependendo, a este escopo, o julgador, de autorização expressa, que só se torna necessária quando a aplicar no lugar do texto legal, concepção adotada por Celso Agrícola Barbi.

Para Edson Prata, se só se julgar com equidade quando a lei o autorizar, *a contrario sensu*, poder-se-ia admitir que se estaria decidindo com iniquidade quando a legislação não a previsse, o que seria um contra-senso.

Eis que, a seu ver, quer diante do CPC e a despeito também do disposto no art. 8º da CLT, julga-se com equidade sempre.

34. Os autores são cautelosos quanto ao julgamento por equidade. Resume com cuidado Carlos Maximiliano (*op. cit.*, p. 187):

“Não se recorre à Equidade senão para atenuar o rigor de um texto e o interpretar de modo compatível com o progresso e a solidariedade humana; jamais será a mesma invocada para se agir, ou decidir, contra prescrição positiva, clara e precisa.

Não se pode recusar seu valor como conceito amortecedor de desgastes e possíveis atritos entre a realidade que muda e o texto que permanece. Não para desconhecê-lo ou alterar-lhe a forma, mas para manter acesa a chama de sua presença.”

Permanece atual a prudente recomendação dos Estatutos da Universidade de Coimbra, 1.772, liv. II, tít. VI, cap. VI, § 13, invocada por Carlos Maximiliano (*ibidem*, p. 115, nota 111):

“Não transcendam os mesmos magistrados e professores os justos e impreteríveis limites das suas faculdades; e não se precipitem no temerario e sacrilego attentado de pretenderem ampliar ou restringir as leis pelos seus particulares e próprios dictames, como se dellas pudessem ser árbitros.”

Inscrita, porém, na Consciência e nos Corações, persevera a velha e presente advertência das Escrituras:

“Maldito é aquele que viola a equidade na causa do estrangeiro, do órfão e da viúva.” (Deuteronômio, XXVII, 19)

35. Finalizando, como a resumir todas as perspectivas que, ao longo do tempo contribuíram para conduzir a uma Interpretação moderna da norma jurídica, que se volta mais para a substância de seu comando diante da situação concreta, para prestar-lhe Justiça, em desapego à sua mera exteriorização formal, evoquem-se belas e sempre atuais lições de um dos maiores homens públicos e juristas brasileiros, nascido em Ponte Nova, Milton Campos, ao fim de artigo sobre *Constituição e Realidade*, escrito em fevereiro de 1960 (“Testemunhos e Ensinamentos”, **Coleção de Documentos Brasileiros**, Livraria José Olympio, p. 145):

“Mas também das leis não esperemos tudo. Elas podem ser obras de técnicos, de legistas, de teóricos, que a concebem com perfeição mas não lhes asseguram uma execução leal, porque essa missão está fora de seu alcance. São as leis feitas de cima e que, por isso, florescem sem raízes no solo, e exigem, para viver, as estufas das elites oligárquicas e minoritárias. As leis só serão boas se refletirem os sentimentos obscuros e as tendências difusas que jazem nas camadas profundas onde se situa o coração dos homens. É aí que florescem os lírios, símbolos evangélicos da singeleza e da naturalidade. “Crescei como os lírios”, manda-nos o Sermão da Montanha. E diz um poema de Carlos Drummond de Andrade: “As leis não bastam: os lírios não nascem da lei”. Mas concluo que nascem da terra, a qual, no seu significado complexo, é a realidade, que gera os lírios e cria as leis” (grifos nossos) ◆

O JUDICIÁRIO E A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO

Professor universitário e Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Cumpra aos jurisdicionados atentar para o verdadeiro sentido do acesso ao Judiciário, abandonando postura que, em última análise, tem como objeto a projeção, no tempo, do desfecho da controvérsia, do restabelecimento da paz social momentaneamente abalada. A impressão que fica é da aposta na morosidade da máquina judiciária, driblando-se as dificuldades encontradas para o imediato cumprimento da obrigação declarada no título judicial. Impõe-se tomada de posição a respeito, afastando-se o mal maior que é a apatia no ofício judicante; impõe-se atuação rigorosa em tais casos, acionando-se os artigos 14, 16, 17 e 18 do Código de Processo Civil, no que, em linha adotada pela legislação comparada, rechaçam a litigância de má-fé. O Judiciário, ante a interposição sucessiva de recursos sem uma justificativa latente, sem qualquer base legal a respaldar o inconformismo, está à beira do colapso, se é que ainda não podemos proclamá-lo. Recursos protelatórios, sem a mínima possibilidade de frutificarem, em face, até mesmo, da jurisprudência predominante, hão de ser coibidos, reafirmando-se, sob o ângulo da eficácia, o primado do Judiciário. Inconcebível é o número de processos em tramitação, a maioria alcançando cinco anos, alguns ultrapassando um decênio, envolvendo, até mesmo, prestação alimentícia. Faz-se em jogo o Poder Judiciário e seus órgãos, o próprio Estado Democrático de Direito, no que perduram, durante nefasto espaço de tempo, conflitos de interesse, em verdadeiro estímulo à litigiosidade desenfreada. Por que observar espontaneamente certo interesse subordinante, na maior parte das vezes com desembolso do sempre escasso numerário, se é possível postergar o desfecho final da lide? É inimaginável que se chegue em um só ano judiciário, como ocorrerá no em curso (de 2000), à distribuição de mais de 80.000 processos no Supremo Tribunal Federal. Vale lembrar a advertência de Rui, ministrada em época na qual o quadro era outro: *“A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça, qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador*

*contraria o direito escrito das partes, e assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade” - “Elogios Acadêmicos e Orações de Paraninfo”, Edição da **Revista de Língua Portuguesa**, 1924, p. 381, em Luiz Rezende de Andrade Ribeiro - **Dicionário de Conceitos e Pensamentos de Rui Barbosa** - Edart - São Paulo - Livraria Editora Ltda - 1967, p. 224. Os jurisdicionados precisam ser alertados pelos profissionais da advocacia sobre as conseqüências de insistir-se em enfoque discrepante do ordenamento jurídico em vigor; cabe aos representantes processuais acionar a independência técnica inerente à profissão e ressaltar, para a parte, a glosa com multa de até 1% e indenização passível de atingir 20% sobre o valor da causa devidamente corrigido, além da responsabilidade pelas despesas processuais, no caso de vir-se a “deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso”; a “alterar a verdade dos fatos”; a “usar do processo para conseguir objetivo ilegal”; a opor “resistência injustificada ao andamento do processo”; a “proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo”; a “provocar incidentes manifestamente infundados”; e, por último, ante os termos da recente Lei nº 9.668, de 23 de junho de 1998, a interpor “recurso com intuito manifestamente protelatório” - incisos I a VII do artigo 17 do Código de Processo Civil, isso sem considerar-se a multa de até 10% relativa a embargos declaratórios que visem a retardar o fim do processo - artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil - e a resultante da interposição de agravo manifestamente infundado contra decisão de relator prolatada à luz do artigo 557, § 2º, do Código de Processo Civil, no percentual máximo de 10% a incidir também sobre o valor da causa devidamente corrigido, a reverterem em benefício da parte prejudicada com os atos processuais extravagantes - redação decorrente da Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998.*

Relembre-se que as regras punitivas acima mencionadas advêm do disposto no artigo 14 do Código de Processo Civil, preceito por muitos esquecido:

Art. 14. Compete às partes e aos seus procuradores:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

Observa-se, portanto, a existência de instrumental hábil a inibir-se manobras processuais procrastinatórias. Atento à sinalização de derrocada do Judiciário, sufocado por número de processos estranho à ordem natural das coisas, o Legislador normatizou. Agora, em verdadeira resistência democrática ao que vem acontecendo, compete ao Estado-juiz atuar com desassombro, sob pena de tornar-se o responsável pela falência do Judiciário. Cumpre-lhe, sem extravasamento, sem menosprezo ao dever de preservar o direito de defesa das partes, examinar, caso a caso, os recursos enquadráveis como meramente protelatórios, restabelecendo a boa ordem processual. Assim procedendo, honrará a responsabilidade decorrente do ofício, alfim, a própria toga. ◆

DIREITO AUTORAL E RESPONSABILIDADE CIVIL

SÉRGIO CAVALIERI FILHO

Desembargador Diretor-Geral da EMERJ. Professor da Universidade Estácio de Sá

I. A NOBREZA DO DIREITO AUTORAL

Um grupo de sábios, de acordo com antiga lenda oriental, teria se reunido no Castelo de Akbar para discutir a obra da criação. Um dos temas em debate era saber por que o homem, obra prima da criação, foi criado por último, somente no sexto dia, depois que tudo já estava criado. Alguns sábios sustentaram que foi porque o Supremo Criador, antes de trazer o homem à existência, tratou de providenciar tudo aquilo que ele haveria de necessitar. O homem precisa de água e a encontra na natureza; necessita de ar, alimento, luz, energia, e tudo isso já havia sido providenciado. Outro grupo entendeu que a questão era de ordem ética e moral. O homem foi criado por último, quando tudo já tinha sido criado, para que não se arvo-rasse o criador de tudo, para que soubesse que não criou nada.

Sem entrar no mérito da discussão, creio, todavia, ser forçoso reconhecer que o homem também cria, e é justamente isso que o torna semelhante ao Criador. Nesse ponto residem também a superioridade e a nobreza do direito autoral.

Com efeito, a obra intelectual é uma criação do espírito, fruto do talento, da inteligência, da imaginação, daquela centelha divina outorgada pelo Criador. Autor é quem cria, quem consegue transformar uma tela branca em um quadro de indescritível beleza, um papel pautado em uma música arrebatadora, uma folha de papel em um texto comovedor, enfim, um bloco amorfo de mármore em uma estátua que só falta falar.

Tenho afirmado que o direito autoral é o único realmente originário porquanto a sua existência depende da ação criadora do seu titular. A propriedade se adquire ou dela se apodera o homem quando a coisa é de ninguém. Os direitos da personalidade são atributos da lei para todo o ser humano que nasce com vida, de sorte que todos os recebem indistintivamente.

Os direitos autorais, todavia, só os tem quem cria, quem concebe uma obra em seu espírito e a traz à existência.

Trata-se também do único direito perpétuo porque nem a morte separa a obra do seu autor. A Divina Comédia, por exemplo, será sempre uma obra de Dante, não importam os séculos decorridos da sua morte; Mozart será o compositor de suas músicas divinas até o juízo final; as estátuas de Miquel' Angelo eternizaram o seu nome.

II. O DUPLO ASPECTO DO DIREITO AUTORAL

Cumprido ressaltar que o direito positivo brasileiro, na mesma linha de entendimento do direito de outros países, reconhece duplo aspecto ao direito autorial: um de natureza moral e o outro de conteúdo patrimonial ou econômico.

Quanto ao primeiro – direito moral do autor – o nome foi usado pela primeira vez por André Morillot em 1872, para indicar as prerrogativas que tem a personalidade do autor sobre sua criação intelectual (**Código de Direitos Autorais**, Eduardo Pimenta, Lejus, 1998, p. 28). Alguns autores preferem chamá-lo, com razão, de *direito imaterial do autor*, ou *direito pessoal*, em face do sentido restrito que o termo moral tem em nosso direito. A terminologia – Direito Moral do Autor –, todavia, está consagrada universalmente, de modo a desestimular qualquer tentativa de mudança. Basta que tenhamos em mente que o termo moral não é aqui utilizado no tradicional sentido do *dano moral*, vinculado a sentimento de tristeza, dor, vexame, sofrimento e humilhação. Não, quando a lei fala em direito moral do autor está se referindo àquele direito que decorre da manifestação da sua personalidade, emanção do seu espírito criativo, sem levar em conta qualquer conteúdo econômico. É a esse direito, penso eu, que se refere a Constituição Federal no seu artigo 5º, XXVIII, ao dispor: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras.”

A Lei de Direitos Autorais, por sua vez (Lei 9.610/98), em seu artigo 24 especifica esses direitos morais do autor, merecendo destaque os que seguem: “o de reivindicar a autoria da obra a qualquer tempo; o de ter o seu nome indicado ou anunciado na utilização da obra; o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações; o de modificar a obra e o de retirá-la de circulação.”

Depreende-se desse elenco que os direitos morais do autor consubstanciam-se, basicamente, na *paternidade da obra* e na sua

integralidade, e têm por principais características a *pessoalidade e a perpetuidade*, pois a lei diz que são direitos *inalienáveis e irrenunciáveis* (art. 27).

Só a pessoa física pode ser titular do direito moral de autor porque só o ser humano é capaz de criar uma obra intelectual. A Lei Autoral, em seu artigo 11, ao dizer que “autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”, afastou definitivamente a discussão ensejada pelo parágrafo único do artigo 15 da Lei anterior sobre a possibilidade de ser a pessoa jurídica considerada autora. Pode ser ela titular de direito patrimonial do autor, mas do direito moral nunca, simplesmente porque a pessoa jurídica não é capaz de criar nada; não tem talento, não tem espírito, não tem imaginação.

O direito patrimonial do autor tem por conteúdo o aproveitamento econômico da obra, que se opera através de sua reprodução, publicação, apresentação ou utilização remunerada. Esse direito, embora a lei o atribua com exclusividade ao autor (art. 28), pode ser por ele transferido a terceiros, total ou parcialmente, temporária ou definitivamente, por meio de autorização, concessão, cessão e outros meios jurídicos (arts. 49 e 50). Cede-se a obra, ou a sua exploração econômica, mas a autoria nunca.

III. REPARAÇÃO DO DANO MORAL

Feitas estas colocações, vejamos agora onde se enquadra a responsabilidade civil no direito autoral. Haverá o dever de indenizar sempre que for violado o direito do autor em qualquer dos seus aspectos. Indenização por dano material se o causador do dano obtiver proveito econômico com a obra do autor sem a sua autorização ou participação; indenização por dano moral se a agressão for contra os direitos morais do autor; indenização por danos morais e patrimoniais se ambos os direitos forem violados. Já se firmou a jurisprudência, como não poderia deixar de ser, no sentido de cumular-se as indenizações por dano material e moral ocorrendo ofensa a ambos os direitos do autor.

Quanto ao dano moral, entendo ser ele presumido, isto é, decorre da simples violação de qualquer um daqueles direitos morais do autor enunciados no artigo 24 da lei autoral, ainda que a violação não exponha o autor a nenhum sentimento de dor, vexame, sofrimento ou humilhação. O artigo 108 da Lei Autoral serve de suporte legal para essa conclusão ao dispor: “Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar

de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, o pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por *danos morais*, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma:

I. Tratando de empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por três dias consecutivos;

II. Tratando-se de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação, dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor;

III. Tratando-se de outra forma de utilização, por intermédio da imprensa, na forma a que se refere o inciso anterior.

Como podemos ver, além da indenização pelo dano moral pelo só fato de ter sido omitido o nome do autor da obra, a lei ainda impõe sanções acessórias ao ofensor destinados à total reparação do direito do autor.

A indicação do nome do autor é indispensável ainda que a obra tenha sido cedida ao editor ou expositor, porque, como já enfatizado, cede-se a obra, cede-se o seu aproveitamento econômico, mas não a sua autoria. A jurisprudência é toda no sentido de proteger a paternidade da obra.

DIREITO AUTORAL. DANO MORAL. *Faz jus à indenização por dano moral a autora de programa de televisão que teve seu nome não divulgado quando da reprise da série. Não beneficia a empresa a circunstância de haver se tornado cessionária do direito, fato que não a desobriga de identificar a autoria da obra. (2ª Câmara Cível, TJRJ, Des. Thiago Ribas Filho).*

Trago, ainda, à colação, dois ou três acórdãos que protegem não só a paternidade da obra mas também a sua integridade, conteúdo básico dos direitos morais do autor.

DIREITO AUTORAL. Fotografia. Modificação da obra e omissão do nome do autor.

Nos termos do art.126, da Lei nº 5.988/73, o autor tem direito a ser indenizado por danos morais e a ver divulgada sua identidade, independentemente da prova tópica de haver sofrido prejuízo econômico. (2ª T. STF, Min. Francisco Rezek).

DIREITO DE AUTOR. *Texto Literário. Reprodução. Modificação. Há ofensa ao direito do autor na reprodução não autorizada – ainda que em obra didática, com a indicação da origem e do nome do autor – quando feita com cortes, nova disposição e montagens do original, prejudicando a criação literária.* (Rec.Esp. nº 103297-MG, STJ, Min. Ruy Rosado).

No que tange ao valor da indenização pelo dano moral, vamos encontrar também aqui a mesma problemática existente para o dano moral em geral. Terá que ser arbitrada pelo juiz, com prudência e bom senso, atento aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da exemplariedade etc.

IV. O DUPLO CARÁTER – REPARATÓRIO E REPRESSIVO – DA INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL

Tal qual o dano moral, também o dano patrimonial decorre da simples violação da lei. Com efeito, se a utilização econômica da obra depende de prévia e expressa autorização do autor, consoante artigo 29 da Lei Autoral, então o ato ilícito se configura pela mera violação desse dispositivo. Temos aqui a culpa contra a legalidade, culpa *in re ipsa*, que só pode ser afastada mediante prova em sentido contrário.

Os meios mais comuns de ofensa ao direito patrimonial do autor são a edição, reprodução ou exposição da obra sem a sua autorização ou participação; a falsificação e a pirataria em geral, da qual o plágio é uma das suas modalidades.

A Lei Autoral, em seu artigo 103, tem norma expressa sobre o valor da indenização. “Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, diz o parágrafo único, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos.”

O valor da indenização, portanto, não será simplesmente o que o autor lucraria se a edição não fosse lícita, tampouco o lucro que o transgressor obteria com o seu ato ilícito, mas sim a perda de toda a edição, presumindo a lei que esta seria de três mil exemplares caso esse número não seja conhecido.

O art. 103 da Lei 9.610/98, corresponde ao art.122 da Lei anterior (5.988/73) e este, por sua vez, ao artigo 669 do Código Civil. Só que o

Código Civil falava em 1.000 exemplares, a lei anterior em 2.000 e a lei atual elevou esse número para três mil exemplares. Esse artigo confere à indenização pelo dano material ao autor não só um caráter reparatório, mas também punitivo. Visa reprimir a fraude. Com efeito, se o transgressor, apanhado na fraude, tivesse que indenizar ao autor apenas o que este lucraria se a edição fosse legítima, então a fraude passaria a ser um estímulo. Ninguém mais respeitaria a vontade do autor; com ou sem o seu consentimento faria a edição porquanto as conseqüências seriam as mesmas.

Em voto paradigma, publicado na **Revista Trimestral de Jurisprudência** nº 38/267, o saudoso Ministro Victor Nunes Leal, um dos maiores talentos jurídicos que passaram pela nossa Suprema Corte, enfrentou essa questão com maestria, quando a matéria ainda era disciplinada pelo artigo 669 do Código Civil. Dizia aquele grande Juiz: “a indenização do artigo 669 não tem caráter apenas reparatório do direito autoral, que o autor receberia, se houvesse autorizado, regularmente, a impressão. Essa indenização também visa a punir o ‘transgressor’, isto é, o autor do ato ilícito, que a lei qualifica de fraude”.

“Não há, pois, necessária correspondência legal entre o prejuízo econômico do autor e a indenização do art. 669. Se assim fosse, a lei mencionaria perdas e danos. Mas ela fixa a indenização no ‘valor de toda a edição’, com sentido punitivo, tendo em vista que ao autor cabe o ‘direito exclusivo’ de reproduzir a obra, o direito de modificá-la, mesmo em caso de cessão de direito autoral, e o direito de impedir, mediante apreensão, que a obra circule. São emanções do direito do autor, que não é apenas material, mas também moral.”

“Ficaria abalado esse sistema legal, se a reprodução fraudulenta ou ilícita desse lugar apenas a uma reparação pecuniária equivalente ao que ele receberia, se houvesse concordado com a reprodução. A conseqüência do ato vedado não pode ser a mesma do ato permitido, sobretudo quando há implicações de ordem moral. Por isso, a lei dá ao autor o direito de apreender os exemplares existentes e de receber uma indenização equivalente ao valor de toda a edição, à base do preço que teriam os exemplares genuínos, isto é, os autorizados regularmente, deduzindo-se o valor dos que tenham sido apreendidos.”

No mesmo sentido, mais recentemente, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça em voto magistral do Min. Eduardo Ribeiro, no Resp. nº 150.467-RJ.

Direitos Autorais. Utilização, não autorizada, de trabalho científico na divulgação de produto. Indenização. Arbitramento.

O ressarcimento devido ao autor haverá de superar o que seria normalmente cobrado pela publicação consentida. A ser de modo diverso, sua aquiescência seria, na prática, dispensável. Cumpre, ao contrário, desestimular o comportamento reprovável de quem se apropria indevidamente da obra alheia. (RSTJ 111/203).

V. EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE

Embora raras, podem ocorrer situações que excluem o dever de indenizar. O artigo 46 da Lei 9.610/98 prevê hipóteses que não constituem ofensa aos direitos autorais, entre as quais estão a citação em livros e artigos de passagens de qualquer obra, e a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes (inc. III e VII). Os limites entre a citação e o *plágio*, entretanto, nem sempre são bem delineados, ensejando inúmeras demandas. Os casos mais comuns de exclusão do dever de indenizar são de erro provocado por terceiro, como, por exemplo, o editor que publica uma obra plagiada confiando naquele que se apresentou como autor. Nem sempre terá o editor, por mais cauteloso que seja, condições de constatar a fraude, a adulteração, o *plágio* antes da obra ser publicada.

Enfrentando essa situação, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

Direito Autoral. Reprodução Fraudulenta. Solidariedade do Vendedor. A solidariedade do que vende ou expõe à venda obra reproduzida com fraude não prescinde da comprovação da culpa. (3ª Turma, STJ, Rel. Min. Dias Trindade – RE 6.087-MG).

Em outro julgado, em que o editor recusou-se a cumprir o contrato de edição ao constatar que a obra era plagiada, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu: “*Verificada a presença de plágio em obra literária, não pode a editora editá-la, em respeito ao direito de propriedade intelectual e sob pena de conivência e co-responsabilização.*” (TJSP-8ª C., Rel. Des. Villa da Costa).

VI. A DEFESA DO DIREITO AUTORAL

Diria para encerrar que, como não há cofre, nem bancos para guardar idéias, sons, imagens e outras criações do espírito, o direito autoral é o mais

vulnerável, o mais difícil de ser protegido. Por isso é tão fácil furtar idéias alheias, composições e criações do espírito em geral. A pirataria dos direitos autorais é assombrosa no mundo todo.

A lei confere ao autor, cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, alguns instrumentos severos e eficazes na proteção dos seus direitos. Com base no art. 102 da Lei 9.610/98 poderá se valer de ação cautelar destinada a apreender todos os exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível. Na sentença condenatória, diz o art. 106, poderá o juiz determinar a destruição de todos os exemplares ilícitos, bem como das matrizes, moldes, negativos e demais elementos utilizados para praticar o ato ilícito civil, assim como a perda de máquinas, equipamentos e insumos destinados a tal fim.

Se a obra foi feita em co-autoria, cada co-autor, individualmente, sem aquiescência dos outros, pode defender os próprios direitos contra terceiros (art. 32, § 3º). A inércia do editor na defesa do direito autoral violado não inibe o autor de defender a sua obra pessoalmente, quer no plano moral, quer patrimonial.

Lembro, por derradeiro, que tanto a doutrina como a jurisprudência não admitem a via possessória para a defesa do direito autoral. A posse pressupõe a existência de coisa corpórea, o que não se coaduna com direitos de natureza incorpórea. “*Constituindo os direitos autorais propriedade intelectual, não podem ser objeto de proteção por meio de interdito proibitório, dada a impossibilidade do exercício da posse sobre coisas incorpóreas, podendo o autor da obra, indevidamente reproduzida, valer-se das medidas autorizadas na lei autoral*”. (RJTAMG 56/57, p. 267, Rel. Juiz Geraldo Augusto). ◆

REFORMAS DO CPC EM MATÉRIA DE RECURSOS

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Desembargador do TJ/RJ. Professor da Faculdade de Direito da UERJ.

1. Sempre que entre nós se critica o desempenho da Justiça, e em particular a lentidão processual, vem à balha o tema dos recursos. É generalizada a crença de que uma das causas principais, senão *a principal*, da excessiva duração dos pleitos reside em defeitos existentes na disciplina da matéria.

Assim se explica, provavelmente, a frequência das iniciativas que se vêm tomando no sentido de alterar essa disciplina. Das dezenas de inovações introduzidas nos anos recentes em nosso ordenamento processual civil, uma parte importante visou semelhante alvo. Tocou-se no recurso adesivo, no preparo, no efeito devolutivo da apelação, nos embargos de declaração, no recurso extraordinário, no especial, nos poderes do relator - sem falar da profunda modificação do procedimento do agravo. Continha o texto primitivo do Código mais de 70 artigos concernentes a recursos; só 30 deles - menos da metade, portanto - conservam a redação primitiva, e não poucos dos restantes já foram alterados mais de uma vez.

Na verdade, não dispomos de dados concretos capazes de revelar com precisão em que medida respondem aqueles defeitos, reais ou supostos, pelo funcionamento insatisfatório da máquina judiciária. Dir-se-á que é evidente, quando nada, a relação de causa e efeito entre a utilização de recursos e o prolongamento dos processos: se as decisões fossem todas irrecuráveis, eles sem dúvida terminariam mais depressa. Mas até agora a ninguém ocorreu sugerir que se adote um sistema desse feitio para a totalidade dos pleitos, e a razão é igualmente óbvia: a celeridade não constitui o *único* valor em jogo, e o legislador processual, aqui e alhures, dificilmente se animaria a sobrepô-la de modo tão radical a quaisquer outros. O que sugere o bom senso é tentar encontrar o justo ponto de equilíbrio entre as solicitações contrapostas que aí se manifestam; e, para isso, muito ajudaria que tivéssemos elementos objetivos, colhidos na realidade cotidiana do

foro e dotados de confiabilidade superior à das nossas variáveis experiências pessoais - ou, *a fortiori*, das meras impressões pelas quais não raro nos deixamos guiar.

2. Da série extensa de leis reformadoras que se sucederam na última década, interessam diretamente à problemática dos recursos as de nºs 8.950, de 13.12.1994, 9.139, de 30.11.1995, e 9.756, de 17.12.1998. As várias inovações trazidas pela primeira, e disseminadas ao longo do Título X do Livro I do Código de Processo Civil, sem suscitar grandes problemas hermenêuticos, foram com facilidade assimiladas pela prática.

Algumas dessas inovações devem considerar-se positivamente bem-vindas. É o caso, por exemplo, da inserção do parágrafo único do art. 518, que facultou ao juiz reexaminar os requisitos de admissibilidade da apelação, depois da resposta do apelado, capaz, muitas vezes, de solicitar a atenção do órgão judicial para alguma falha até então despercebida. Também só merece louvores a reestruturação da disciplina dos embargos de declaração, que corrigiu a injustificável bifurcação das disposições pertinentes, agravada por certa diferença de redação entre o antigo parágrafo único do art. 465 e o texto primitivo do art. 538, *caput*, além de suprimir, no rol dos possíveis fundamentos do recurso, a descabida referência à “dúvida”.

3. A segunda lei mencionada (nº 9.139) teve mais amplo alcance: refundiu o procedimento do agravo, consagrando, como novidade central, a técnica da interposição direta perante o órgão *ad quem* (art. 524), com ressalva das hipóteses de retenção nos autos (art. 523), que por sinal passou a ser obrigatória quanto às decisões posteriores à sentença, exceto a que não admita a apelação (art. 523, § 3º). Sobre essa vistosa inovação dividiram-se as opiniões: houve quem lhe batesse palmas e, em menor número, quem a acolhesse de sobranceiras franzidas¹. Que padecia de sérias imperfeições a disciplina dada ao recurso pelo texto de 1973 é algo de que não se pode razoavelmente duvidar. Resta saber se o remédio escolhido foi o mais eficaz.

Algumas vozes denunciaram o aumento da carga de trabalho imposta aos tribunais de segundo grau, perante os quais passou a desenvolver-se

¹ Assim, por exemplo, VICENTE GRECO FILHO, *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória*, S. Paulo, 1996, p. 21 e segs.

todo o procedimento recursal. O relator, principalmente, teria visto crescer bastante suas atribuições, mercê do disposto nos incisos do atual art. 527. Tal efeito da reforma poderia encontrar compensação no declínio da quantidade de mandados de segurança impetrados contra decisões interlocutórias de primeiro grau. O legislador obviamente nutria a esperança de que, com a nova sistemática do agravo, desaparecessem, ou pelo menos diminuíssem muito, os motivos que induziam os litigantes a valer-se do mencionado remédio nesse contexto. Pesquisa levada a cabo há anos em alguns tribunais estaduais apontou no sentido de que a incidência do mandado de segurança declinara aí menos do que se tinha previsto²; mas é bem possível que, com o correr do tempo, se haja intensificado o decréscimo.

Seja como for, a interpretação da Lei nº 9.139 não deixou de dar ensejo a controvérsias. Sobressai entre elas a relativa à consequência do descumprimento, pelo agravante, da disposição do art. 526, a cuja luz lhe incumbe, no prazo de três dias, requerer a juntada, aos autos principais, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante da interposição, assim como da relação dos documentos que instruíram o recurso. Para alguns, a omissão do agravante torna inadmissível o agravo, do qual não deverá conhecer o órgão *ad quem*; outros rejeitam essa conclusão. Os argumentos capitais da primeira corrente podem ser assim resumidos: a norma é imperativa e cria dever a que não pode furtar-se o agravante; a comunicação ao juízo *a quo* tem por objetivo cientificar a parte contrária, a fim de que ela se prepare para responder; o descumprimento impossibilita o juiz de atender ao eventual pedido de informações do relator. A eles se replica dizendo que: a inadmissibilidade do recurso é corolário tão grave, que reclamaria cominação expressa, inexistente na lei; a forma legalmente prevista para a cientificação do agravado é a intimação de que trata o art. 527, nº III; o pedido de informações, que o relator dirija ao juízo de origem, mais comumente se referirá a outros pontos; a lei não determina que o agravante comunique ao relator o cumprimento do disposto no art. 526, e nem sempre

²A pesquisa, de iniciativa do autor deste trabalho, abrangeu os Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraná e Rio Grande do Sul - obtidos os dados dos três últimos graças à colaboração dos Professores Humberto Theodoro Júnior, Moniz de Aragão e Adroaldo Furtado Fabrício, respectivamente. Comparados os percentuais de mandados de segurança contra ato judicial de primeiro grau, no universo global dos mandados de segurança impetrados perante esses tribunais, nos anos de 1995 (o último de vigência do antigo regime do agravo) e 1996 (o primeiro de vigência do novo), apurou-se um decréscimo, em números redondos, de 10% no Rio de Janeiro, 32% em Minas Gerais, 46% no Paraná e 31% no Rio Grande do Sul.

aquele tomará a iniciativa de pedir ao juiz que o informe a tal respeito, logo é perfeitamente concebível que, no momento de julgar o recurso, o tribunal não disponha do dado que seria indispensável para permitir-lhe optar entre o conhecimento e o não conhecimento do recurso. Essas razões sempre nos pareceram mais fortes que as invocadas a favor da inadmissibilidade do agravo no caso em foco. Nem por isso se dirá que não produza conseqüência alguma a inobservância do art. 526. A falta da comunicação gera, para o juiz *a quo*, desinformado da interposição do agravo, a impossibilidade de exercer o juízo de retratação; e com isso cria obstáculo ao atendimento de um interesse do agravante, para o qual, portanto, não é indiferente cumprir ou descumprir o ônus.

Doutrina e jurisprudência continuam divididas acerca da questão³. Registre-se que um dos projetos destinados a ampliar os trabalhos de reforma do Código visa, entre outras coisas, a pôr termo ao debate, consagrando a tese do não conhecimento do recurso como resultado da omissão do agravante, *mas somente se o agravado vier a argüi-la e prová-la*.

Ainda em matéria de agravo, faça-se aqui ligeira referência a um problema decorrente da abstenção do legislador em regular o procedimento do interponível, segundo o art. 544, contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial. Consoante se sabe, a lacuna veio a ser preenchida por duas resoluções, uma do presidente do Superior Tribunal de Justiça (nº 1, de 31.1.1996), outra do presidente do Supremo Tribunal Federal (nº 140, de 1º.2.1996). A sistemática aí estabelecida discrepa radicalmente da adotada para o agravo contra decisão de primeiro grau: basta ver que a interposição ocorre perante o órgão *a quo*. Ambas as resoluções cuidaram de disciplinar inclusive a tramitação do recurso no tribunal de origem, invadindo às escâncaras área da competência do Poder Legislativo⁴. Apesar da gritante inconstitucionalidade, essas resoluções, por motivos óbvios, têm sido aplicadas e devem ser levadas em conta pelos litigantes e seus advogados.

³ Para copiosas indicações, consulte-se o levantamento exaustivo feito por FLÁVIO GALDINO, "Sobre o art. 526 do CPC - Da necessidade de uma súmula uniformizadora", in *Rev. For.*, v. 347, p. 91 e segs. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em 1º.12.1999, R. Esp. nº 182.820, optou pela tese ao meu ver correta. Não consta, até a presente data, publicação desse acórdão, mas outras decisões posteriores, no mesmo sentido, a ele fazem menção: v.g., 18.5.2000, R. Esp. nº 195.729, in *D.J.* de 21.8.2000, p. 140.

⁴ Extensa crítica em BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8ª ed., v. V, Rio de Janeiro, 1999, p. 593/4.

4. Problemas de maior vulto causou a Lei nº 9.756, redigida com técnica muito imperfeita. Em alguns pontos, os efeitos da imperícia do legislador podem inscrever-se em pauta puramente anedótica: é o que ocorre, por exemplo, com a curiosa introdução, no art. 557, de um parágrafo batizado de 1ºA mas colocado *antes* do § 1º... Outros defeitos são mais graves e suscitam dificuldades no plano doutrinário e no prático.

Começemos pela mais ostensiva inovação: a figura do recurso extraordinário ou especial retido, prevista no § 3º que se acrescentou ao art. 542. De acordo com esse dispositivo, quando o recurso for interposto “contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos a execução, ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões”. A premissa de que partiu o legislador é a de que, ao sobrevir o julgamento final da causa ou de outro recurso, pode acontecer que já não interesse a quem antes interpusera o extraordinário ou o especial que este ou aquele prossiga em sua marcha. Caso subsista o interesse, caberá ao recorrente o ônus de insistir; omitindo-se, não se processará o recurso. Com isso, evitam-se manobras dilatórias armadas sobre impugnações pouco sérias, e espera-se aliviar a carga de trabalho do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que deixem de subir até eles os recursos retidos, não reiterados.

Terá lugar a retenção quando o extraordinário ou o especial impugne “decisão interlocutória”, expressão que compreende não só a proferida por órgão colegiado em causa da competência originária de tribunal (v.g., sobre incidente relativo ao valor de ação rescisória), senão também o julgamento de agravo contra pronunciamento pelo qual se haja resolvido em primeiro grau questão incidente, e até esse próprio pronunciamento, se for ele mesmo impugnável pela via extraordinária, como pode suceder, embora a título excepcional, em feitos que não comportam apelação (Lei nº 6.830, de 22.9.1980, art. 34 e seu § 3º; Lei nº 9.099, de 26.9.1995, arts. 41 e segs.). É mister, por outro lado, que a decisão impugnada surja em processo de conhecimento, de qualquer rito (inclusive liquidação de sentença, que tem natureza cognitiva), ou em processo cautelar (na fase de cognição), ou ainda no curso de embargos a execução fundada quer em título judicial, quer em título extrajudicial, os quais igualmente constituem processo (incidente) de conhecimento, e decerto foram especificamente mencionados para prevenir controvérsias. Por igualdade de razão, incide o § 3º do art. 542 noutros

processos cognitivos incidentes, v.g. o da verificação e classificação dos créditos na execução por quantia certa contra devedor insolvente (art. 768 e segs.).

Ao contrário do que se dá no agravo retido, jamais tem relevância, aqui, a vontade do recorrente. Se é caso de reter-se o recurso, *ex vi legis*, nada importa que o recorrente preferisse vê-lo subir de imediato, e vice-versa.

Impõe-se neste passo uma observação. Pode haver situações em que a retenção do extraordinário e/ou do especial, nos termos do § 3º do art. 542, trará mais prejuízo que benefício. Certos pontos duvidosos precisam ser enfrentados e esclarecidos quanto antes, sob pena de, se os deixarmos para mais tarde, nascer o risco de dano irreparável, ou de inoportuno desperdício da atividade processual. Assim, por exemplo, suscitando-se dúvida sobre competência, o melhor é resolver desde logo a questão, para evitar a eventual invalidação de atos praticados por órgão que depois venha a ser declarado absolutamente incompetente. Em hipóteses tais, aconselha o bom senso que se julgue o recurso o mais depressa possível. A mera circunstância de tratar-se de decisão interlocutória não deveria bastar, aí, para justificar a retenção. É de estranhar que o legislador nem sequer haja roçado o problema; redigiu-se o dispositivo em termos que literalmente dão a impressão de excluir a abertura de exceções. A jurisprudência, porém, demonstrando elogiável flexibilidade, tem abrandado o rigor da norma⁵.

Põe-se então a pergunta: como há de proceder o interessado quando se retém no órgão *a quo* recurso extraordinário ou especial que houvesse de subir incontinenti? Já se cogitou de várias possibilidades: impetração de segurança, reclamação ao tribunal superior, interposição de agravo de instrumento... Esta última solução não parece despropositada; embora não se cuide propriamente de decisão que *não admita* o extraordinário ou o especial, existe, quando menos, analogia, a legitimar a invocação do art. 544. Surgem, contudo, inconvenientes do ponto de vista prático, em razão do tempo que se gastaria para fazer chegar a matéria ao tribunal superior, processado o agravo nos termos das resoluções que a ele concernem. Decerto por isso, vem-se preferindo um quarto alvitre, na verdade não muito orto-

⁵ Parece ter encontrado ouvidos atentos a enérgica advertência de CÂNDIDO DINAMARCO, em artigo publicado logo depois do advento da malsinada lei: "O relator, a jurisprudência e os recursos", no v. coletivo **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**, coord. por Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Junior, S. Paulo, 1999, p. 141/2.

doxó: o de requerer diretamente ao órgão *ad quem* medida cautelar, destinada a ordenar a subida imediata do recurso retido. O Superior Tribunal de Justiça tem cancelado amiúde esse procedimento⁶.

Complica-se o problema com referência ao Supremo Tribunal Federal, em virtude da orientação, ali firmemente adotada, de não admitir medida cautelar atinente a recurso extraordinário ainda não admitido no órgão *a quo*. Não prescreve a lei, com efeito, que o presidente (ou vice-presidente) desse órgão se pronuncie desde logo sobre a admissibilidade do extraordinário retido. Vê-se o recorrente, assim, num beco sem saída. Em acórdão de 16.11.1999, Petição nº 1.834, decidiu a 1ª Turma da Corte Suprema deferir “em parte” o pedido do requerente, apenas para o fim de determinar que o presidente do tribunal de origem emitisse o pronunciamento sobre a admissibilidade, a despeito da retenção. Entende-se que, caso positivo o juízo, se tornaria viável a apreciação do requerimento da parte que interpusera o extraordinário, já agora, por hipótese, admitido. Não se disse, no entanto, como haveria de proceder o interessado para alcançar tal objetivo: teria de formular novo requerimento de medida cautelar ao Supremo Tribunal Federal? Seria patente o excesso de burocracia, particularmente indesejável em situações de emergência. Note-se, por outro lado, que a decisão acerca da admissibilidade do recurso extraordinário, nos termos do art. 542 e seu § 1º, *pressupõe* a concessão de prazo ao recorrido para apresentar contra-razões. Tudo isso evidencia a incúria do legislador que, consagrando tão relevante inovação, se absteve de enfrentar questões de importância mais que óbvia.

Cumpra identificar a “decisão final” a que alude o § 3º. Semelhante expressão deve ser lida como referente à decisão que ponha termo ao processo em cujo curso se proferiu a impugnada pelo extraordinário e/ou especial retido. Por exemplo: se o feito pendia em segundo grau de jurisdição, será “decisão final” o acórdão que julgar a apelação ou, eventualmente, os embargos infringentes; se a causa era da competência originária de tribunal, “decisão final” será o acórdão que lhe der solução já insuscetível de outro recurso, no mesmo grau de jurisdição.

⁶ Em alguns dos precedentes discutia-se justamente questão de competência: v.g., 16.8.1999, Med. Caut. nº 1.883, in **D.J.** de 14.9.2000, p. 149 (decisão do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira); 27.4.2000, Med. Caut. nº 2.624, in **D.J.** de 28.8.2000, p. 69 (ac. da 3ª Turma). Outro tema freqüente é o da antecipação da tutela: v.g., 7.10.1999, Med. Caut. nº 1.965, in **D.J.** de 17.12.1999, p. 369 (ac. da 4ª Turma). Num dos julgados, tratava-se do afastamento de prefeito, cuja demora geraria o risco de extinção do prazo do mandato: 7.12.1999, Med. Caut. nº 1.730, in **D.J.** de 8.3.2000, p. 131 (ac. da 5ª Turma).

No comum dos casos, a reiteração do recurso retido virá na petição de interposição do extraordinário e/ou do especial contra essa decisão, ou na resposta. Não é exatamente assim, vale notar, que se expressa a lei: o que ela diz é que a parte interessada tem o ônus de reiterar o recurso retido “*no prazo* para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões”. A rigor, portanto, não é imprescindível, conquanto mais prático, que a reiteração seja inserida no bojo do recurso ou da resposta: basta que se formule *no mesmo prazo*, ainda que em peça separada.

Impende atentar em que, vencido afinal o litigante que interpusera o recurso retido, nem sempre concorrerão, em relação a esse julgamento final, os pressupostos constitucionais de admissibilidade do extraordinário e/ou do especial. Não se deve concluir que o recurso retido fique necessariamente sacrificado: é bem possível que, *a seu respeito*, tais pressupostos concorram, e seria injurídico barrar ao recorrente o acesso à via que ele tem o direito de trilhar. Nenhum sentido teria, por outro lado, forçá-lo a interpor um extraordinário e/ou especial *inadmissível*, exclusivamente para veicular a reiteração do anterior, que se retivera. A solução consiste em permitir que o recorrente expresse sua insistência em simples petição avulsa, apresentada, dentro de 15 dias (art. 508), à autoridade competente⁷.

5. Merece atenção outro aspecto da Lei nº 9.756. No propósito de abreviar a tramitação de recursos nos tribunais, o legislador retomou e reforçou a orientação, já abraçada em diplomas anteriores, de habilitar o relator a decidir por si só, afastada a necessidade do julgamento colegiado. Desta vez, chegou-se ao extremo de permitir que o relator *dê provimento* ao recurso, caso a decisão impugnada esteja “em manifesto confronto com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (art. 557, § 1ºA, introduzido pela Lei nº 9.756).

Ponha-se de lado, aqui, o uso impróprio da palavra “confronto”, em vez de “conflito, contraste, contradição”. O que já não se pode deixar de assinalar é a significação equívoca da expressão “jurisprudência dominante”. O texto não exige que a tese haja sido incluída na *Súmula* do tribunal. Mas, fora dessa hipótese, não raro dependerá de apreciações subjetivas, em boa parte, a consideração desta ou daquela jurisprudência como “dominan-

⁷ Nesse sentido, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, “Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial”, no v. col. cit. em a nota 5, supra, p. 125.

te”. Mesmo nos mais altos tribunais, podem e costumam ocorrer oscilações, de modo que ora prevalecerá uma tese, ora a tese oposta. Não é inconcebível que, no curso de uma única sessão, julgamentos reiterados convertam em “dominante” jurisprudência que até ali não o era.

Há mais, porém, e pior. Na conformidade do § 1º do art. 557, a decisão do relator, que dê provimento ao recurso, é passível de impugnação, mediante agravo dirigido ao órgão colegiado - ao qual não se poderia, na verdade, subtrair em definitivo a competência para julgar o recurso. Sucede que o relator, caso não se retrate, deve pura e simplesmente apresentar o processo “em mesa”, isto é, independentemente de intimação do agravado e de inclusão em pauta, regularmente publicada. Bem pode acontecer, portanto, que a parte vencedora nos termos da decisão do relator venha a ter sua vitória transformada em derrota, sem haver sido oficialmente avisada da interposição do agravo e do fato de que ele será julgado em determinada sessão. É uma sistemática que de maneira alguma se harmoniza com a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa (Carta da República, art. 5º, nº LV). Surpreende que não tenha reconhecido a inconstitucionalidade o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 15.5.1999, ao julgar o agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 227.030º.

Aqui se faz oportuna uma ponderação. Para quem se preocupe obsessivamente com o número de recursos, será arriscado supor que sirva de tranquilizante eficaz a multiplicação de casos em que se outorga ao relator a competência para decidir só por si. É que, conforme se registrou, sua decisão poderá ser impugnada perante o colegiado, de sorte que se criarão outras tantas oportunidades de recorrer. Dificilmente passará despercebida aos olhos de qualquer observador, aliás, a quantidade de agravos, impropriamente ditos “regimentais”, que costumam inchar a quota de trabalho dos tribunais brasileiros. Dir-se-á que grande parte das decisões de relatores permanece irrecorrida, e por conseguinte a sobrecarga ainda é menor do que seria se todos os feitos houvessem por força de chegar ao colegiado. É uma afirmação que, para ganhar inteira seriedade, precisaria vir acompanhada de

⁸ Para mais minuciosa crítica, *vide* BARBOSA MOREIRA, “Uma inconstitucionalidade flagrante e uma decisão infeliz”, in **Temas de Direito Processual (Sétima Série)**, S.Paulo, 2000, p. 83 e segs. Há quem sustente a necessidade da publicação de pauta fazendo tábua rasa, por assim dizer, da cláusula relativa à apresentação do processo “em mesa”: NELSON LUIZ PINTO, **Manual dos Recursos Cíveis**, 2ª ed., S. Paulo, 2000, p. 212 e, na sua esteira, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, “Poderes do relator e agravo interno - Artigos 557, 544 e 545 do CPC”, in **Rev. Síntese de Dir. Civ. e Proc. Civ.**, nº 6, p. 17.

dados estatísticos, colhidos no dia-a-dia forense. Esses dados, entretanto, ou não existem, ou não recebem a necessária divulgação. Fica de pé, assim, a dúvida: vem realmente causando abreviação considerável da duração dos pleitos a autorização dada aos relatores para decidir sozinhos?

6. Encarado o assunto por ângulo mais largo, cabe frisar que o legislador na verdade não se tem deixado impressionar muito pela idéia, tão difundida, de que o *x* do problema está no excessivo número de recursos. Nenhuma das leis que reformaram o Código de Processo Civil tratou de abolir qualquer recurso. Nem pretende fazê-lo projeto algum dos que visam a dar continuação à empresa reformadora.

Convenhamos, de resto, que não seria medida fácil de tomar. Basta examinar o rol dos recursos constante do art. 496. Três são de matriz constitucional - o recurso ordinário (inciso V), o especial (inciso VI) e o extraordinário (inciso VII) - e pois imunes à tesoura da lei. A apelação (inciso I) terá garantido seu lugar enquanto não se renuncie ao duplo grau de jurisdição; o agravo (inciso II), enquanto não se resolva tornar irrecuráveis em separado todas as interlocutórias - e nada disso se afigura provável neste momento. Quanto aos embargos de declaração (inciso IV), o máximo em que se pode pensar é dar-lhes feição diversa, retirando-os do campo recursal; mas algum remédio será imprescindível manter para as hipóteses de obscuridade, omissão ou contradição nas decisões.

Sobram os embargos infringentes (inciso III) e os embargos de divergência em recurso especial ou extraordinário (inciso VIII). Estes últimos comportarão talvez substituição por outro mecanismo que assegure a uniformidade interna da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. De qualquer modo, a eventual eliminação da figura, de utilização pouco freqüente, nada de espetacular prometeria em matéria de aceleração processual.

O caso mais digno de atenção, por tal prisma, é o dos embargos infringentes, um dos alvos prediletos dos críticos do sistema de recursos. Vale a pena registrar que, no anteprojeto da lavra do Professor Alfredo Buzaid, semelhante figura só fora contemplada como sucedâneo da apelação em causas de pequeno valor (art. 561); não, porém, como meio de impugnar acórdãos. Mas o projeto encaminhado à Câmara dos Deputados (arts. 536 e segs.) já restaurava o recurso em termos praticamente iguais aos que aparecem no Código. De início, externei opinião contrária à subsistência

desses embargos infringentes⁹. A posterior experiência judicante levou-me a abrandar o juízo desfavorável: passei a preconizar apenas a redução do âmbito de cabimento do recurso.

O projeto relativo à matéria segue tal diretriz, embora não acolha *in totum* as sugestões que formulei em meu volume de comentários ao Código. Se aprovado o projeto, continuarão os embargos a caber, como hoje, contra acórdãos não unânimes em apelação ou em ação rescisória. Na primeira hipótese, contudo, será preciso, mais, que o tribunal haja *reformado* a sentença e que esta haja decidido o mérito da causa¹⁰; na segunda hipótese, que se tenha julgado *procedente* o pedido de rescisão.

Uma alternativa de que já se tem cogitado para a manutenção dos embargos infringentes consistiria em, verificada a falta de unanimidade no julgamento da apelação ou da ação rescisória, fazê-lo integrar por outros juízes. Assim, *v.g.*, se proferidos dois votos no sentido do provimento da apelação e um no do respectivo desprovimento, seriam chamados a votar mais dois membros do tribunal, e com isso se daria por encerrado o assunto, fosse qual fosse o resultado a que se chegasse. O projeto de reforma, no entanto, não quis trilhar esse caminho.

7. Ainda um tópico merece exame no presente contexto: o atinente aos efeitos dos recursos. *De lege lata*, a regra geral, no processo civil brasileiro, é a da suspensividade: ainda quando silente o texto legal, deve entender-se que o recurso produz efeito suspensivo, e portanto fica paralisada a eficácia da decisão. Para que ela se manifeste desde logo, apesar da interposição, é necessário que a lei negue o efeito suspensivo - o que ela às vezes faz de maneira indireta, e tecnicamente criticável, dizendo que o recurso será recebido “no efeito devolutivo”, como se este fosse o oposto daquele¹¹.

Pois bem: um dos anteprojetos de reforma pretendia inverter a regra

⁹ Assim nas três primeiras edições do cit. v. V dos **Coment. ao C.PC.** (vide a 1ª ed., p. 400/1).

¹⁰ Tal pressuposto era exigido no sistema primitivo do Código de 1939, antes do Dec.-lei nº 8.750, de 8.1.1946. Inclui-se entre minhas propostas, como igualmente a exclusão das hipóteses de extinção do processo em primeiro grau sem apreciação do mérito. Proponho ainda - mas essa sugestão não foi acolhida no projeto - que os embargos não caibam quando a divergência no julgamento da apelação ocorra só a respeito de preliminar.

¹¹ Serve de exemplo o art. 542, § 2º, na redação da Lei nº 8.950: “Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”. Criticou-se esse modo de dizer na 8ª ed. da ob. e v. cit. em a nota 4, supra, p. 580.

no que tange à apelação. Consoante a nova redação nele proposta para o art. 520, tal recurso passaria a ter “*somente* efeito devolutivo, salvo nas causas relativas ao estado e à capacidade das pessoas”. O anteprojeto adotava a cautela de permitir que o apelante requeresse ao órgão *ad quem*, alegando a relevância dos fundamentos do recurso, a concessão do efeito suspensivo, caso o cumprimento imediato da sentença pudesse acarretar-lhe dano grave e de difícil reparação. Averte-se que com a modificação da disciplina dos efeitos da apelação se conjugava inovação veiculada por outro anteprojeto, no sentido de atenuar as restrições hoje impostas à execução provisória. Esse conjunto de medidas naturalmente beneficiaria o litigante vencedor em primeira instância, facilitando a respectiva satisfação; em contrapartida, poderia prejudicar injustamente o vencido, submetendo-o a gravames nem sempre suscetíveis de compensação adequada, na eventualidade de reforma ou anulação da sentença pelo tribunal.

A consciência de tal risco é uma das razões capitais da tendência, ainda predominante nas legislações processuais, a atribuir efeito suspensivo, como regra, à apelação. Quase todos os países da Europa continental e da América Latina mantêm-se fiéis a semelhante diretriz. Dentre os europeus, repudiou-a a Itália, em reforma de 1990¹². Não lhe seguiram o exemplo, todavia, nem Portugal, nem a França, que também reformaram o processo civil em tempos recentes¹³. Entre nós, igualmente, parece gorada, por enquanto, a tentativa de inversão: no projeto remetido ao Congresso Nacional,

¹² Sobre a modificação, entre muitos outros, PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Nápoles, 1991, p. 193 e segs.; COMOGLIO - FERRI - TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995, p. 682/3.

¹³ Em Portugal, o art. 692, na redação do Dec.-lei nº 329-A, de 12.12.1995, mantém a relação regra-exceção nos termos tradicionais: a apelação suspende a executibilidade da sentença, ressalvada ao apelante a possibilidade de requerer que se atribua ao recurso efeito meramente devolutivo em casos previstos *expressis verbis*. Na França, o relatório encaminhado ao Ministro da Justiça pelo presidente do Tribunal de Nanterre JEAN-MARIE COULON havia sugerido a adoção do princípio geral da “execução imediata”, suprimindo-se, com ressalvas, o efeito suspensivo da apelação (*vide*, o v. **Réflexions et propositions sur la procédure civile**, Paris, 1997, p. 108 e segs.): mas o alvitre suscitou vivazes controvérsias (*vide* a posição desfavorável de PERROT, na conferência de 27.9.1997 intitulada “La procédure civile française à la veille du XXIème siècle”, no v. coletivo **Cinquanta anni di studi sul processo civile**, Milão, 1998, p. 36, ou, em tradução para o português, de minha autoria, “O processo civil francês na véspera do século XXI”, in **Rev. For.**, v. 342, p. 167), razão por que se preferiu não tocar no ponto quando da reforma de 1998, mantido o teor do art. 539 do **code de procédure civile** (“*Le délai de recours par une voie ordinaire suspend l’exécution du jugement. Le recours exercé dans le délai est également suspensif*”); em todo caso, há que levar em conta as hipóteses de executibilidade provisória (art. 514 e segs.), que equivalem ao afastamento do efeito suspensivo do *appel*.

preferiu o Poder Executivo manter o duplo efeito da apelação, como regra, cingindo-se a aditar duas hipóteses à lista de exceções do art. 520: o recurso não será suspensivo quando a sentença apelada “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela” ou “tiver como fundamento súmula do Supremo Tribunal Federal ou do tribunal competente”.

Ao meu ver, a questão é das que reclamariam a análise de elementos concretos para ser resolvida com a tranqüilidade própria de quem tem noção menos vaga das conseqüências da opção. A supressão do efeito suspensivo é uma faca de dois gumes, e seria mister que pudéssemos sopesar-lhe os prós e os contras à luz de dados objetivos. Realmente: se é remota a hipótese de reforma ou anulação da sentença, então não haverá muita dúvida sobre a conveniência da medida, desprezados os casos residuais de injusto prejuízo para o vencido; se, ao contrário, é elevado o número de decisões de provimento da apelação, deveremos pensar duas vezes antes de modificar o regime. Desconheço, porém, estatísticas relativas ao ponto, e confesso certo receio de dar um salto no escuro.

Seja como for, não há negar a tendência generalizada à maior valorização do julgamento de primeiro grau. A concessão de exequibilidade imediata à sentença, mesmo apelada, insere-se nessa linha de pensamento; e é bem possível que, mais dia, menos dia, acabe por impor-se. Em todo caso, a respectiva consagração jamais poderá deixar de ressalvar, conforme fazia o citado anteprojeto, a possibilidade de suspender-se o cumprimento da sentença, em hipóteses de risco manifesto e grave de dano irreparável. Por aí talvez se chegue a uma solução capaz de equilibrar os dois pratos da balança.

8. Encerro aqui as presentes reflexões, que não poderiam, bem se compreende, esgotar tema tão polimorfo e complexo. Não deixarei, contudo, de reiterar mais uma vez a advertência que costumo fazer sempre que falo ou escrevo sobre reformas legislativas. A partir da entrada em vigor das normas modificadoras, tendemos a cultivar o péssimo hábito de nos desinteressarmos de sua sorte, como se o problema em jogo estivesse resolvido com a pura mudança do texto legal. É uma ilusão perigosa, para não dizer funesta: cega-nos para a realidade, que talvez confirme, talvez desmintas nossas expectativas. O resultado é ficarmos impossibilitados de avaliar corretamente os efeitos das reformas - pressu-

posto indispensável da opção, com que oportunamente nos teremos de defrontar, entre perseverar no caminho, enveredar por outro ou simplesmente dar marcha-à-ré. ◆

A TUTELA ANTECIPADA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

LUIZ FUX

Desembargador TJ/RJ

I - A TUTELA ANTECIPATÓRIA

A reforma processual promovida nos idos de 1990 e motivada pelos escopos de efetividade do processo e da tempestividade da resposta judicial trouxe em seu bojo instrumentos notáveis, dentre os quais destacam-se a “*antecipação de tutela*” e a concessão de poderes ao relator dos recursos para coibir o que poderíamos denominar de “*abuso do direito de recorrer*”.

No que pertine ao primeiro aspecto, o legislador encartou no sistema processual pátrio norma *in procedendo* habilitando o “juiz” (leia-se: os integrantes das magistraturas em qualquer grau de jurisdição)¹ a conceder a antecipação dos efeitos práticos pretendidos pela parte através de seu pedido antes da decisão final, desde que exibida prova inequívoca conducente à verossimilhança da alegação de que o direito *sub judice* reclama pronta resposta posto em “estado de periclitación” ou em “estado de evidência”.²

O novel instituto participa da ideologia que cerca o constitucionalizado princípio do *due process of law*, porquanto não se pode acenar para a parte

¹ Luiz Guilherme Marinoni, na sua festejada obra “Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença” em convergente opinião, doutrina: *o art. 273 faz referência apenas ao juiz, mas toma a expressão no seu sentido mais amplo, de magistrado, até porque os integrantes dos Tribunais de Alçada e dos Tribunais Regionais Federais, como se sabe são denominados juízes, e não teria sido, obviamente, intenção do legislador permitir a antecipação nos Tribunais de Alçada e Regionais Federais e não a admitir nos Tribunais de Justiça. RT 1997, p. 179.*

² Consoante tivemos oportunidade de ressaltar em nosso trabalho, **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência**, Saraiva, 1996: *A tutela antecipada reclama pressupostos substanciais e pressupostos processuais. Genericamente, poder-se-ia assentar que são pressupostos substanciais a “evidência” e a “periclitación potencial do direito objeto da ação”³⁹⁶, e processuais a “prova inequívoca conducente à comprovação da verossimilhança da alegação” e o “requerimento da parte”.*

A esses requisitos a lei os enumera como “grave risco de dano irreparável e abuso do direito de defesa”. (art. 273 do CPC).

com essa promessa constitucional se, diante de casos em que o direito está na iminência de perecer ou se revela líquido e certo, posterga-se-lhe a imediata prestação de justiça. Ambos são casos em que a resposta jurisdicional deve ser imediata. Na periclitação, porque o direito não pode aguardar as delongas da ordinariade sem realização imediata sob pena de perecer. Na evidência, porquanto diante da liquidez e certeza do direito não há necessidade de delongas especulativas por parte do juiz, imperiosas apenas nos denominados “estados de incerteza”.

Essa nova modalidade de tutela satisfativa imediata compatibiliza-se com aquilo que denominamos “situação de segurança” e “situação de evidência”. Em ambos os casos o processo, para cumprir o seu desígnio, deve instrumentalizar-se de tal forma que torne rápida e efetiva a proteção requerida.

Cumprindo essa finalidade maior da prestação jurisdicional, o legislador processual brasileiro fez exsurgir no cenário do processo esta salutar regra *in procedendo*, segundo a qual, cumpridos determinados requisitos, é lícito ao juiz antecipar os efeitos do provimento futuro aguardado pelo demandante.

A regra é inovadora, posto prevista no livro das disposições que são aplicáveis a todos os processos e procedimentos, por isso que a “tutela liminar” não se restringe mais àqueles procedimentos aonde a providência vinha textualmente prevista.

Em certa medida, a inovação não reclamava qualquer diploma para autorizar a ousada investida do Judiciário no seu poder-dever de solucionar os conflitos intersubjetivos com celeridade e exatidão, em face da previsão genérica do artigo 798 do CPC.³

Observa-se, de início, o caráter discricionário da novel regra do artigo 273 do CPC, tanto que a lei utiliza-se da dicção “poderá”, no sentido de que o juiz dispõe desse poder avaliatório da situação de segurança e da situação de evidência.

³ Este, como se sabe, é o postulado máximo do princípio da efetividade do processo, retratado inúmeras vezes no corpo da tese. A esse respeito, referiu-se Andrea Proto Pisani em “Appunti sulla tutela sommaria” in *I processi speciali; studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, cit., p. 309 e s. Na doutrina nacional, José Carlos Barbosa Moreira, *Temas*, cit. Aliás, é antiqüíssima a denúncia de Carnelutti quanto à conspiração do tempo em detrimento de um processo justo. Segundo o insuperável mestre peninsular, sob o ângulo temporal, trava o juiz uma “lotta senza posa” (*Diritto e processo*, cit., p. 354). Mais recentemente, na obra constantemente destacada, Cappelletti, *Acesso à justiça*, cit.

Mantendo-se fiel ao criticado anacronismo de nosso sistema, o legislador “condicionou” a concessão da tutela antecipada ao requerimento da parte, excluindo a possibilidade de incoação estatal⁴.

O preceito revela-se aceitável em termos de tutela da evidência, máxime naqueles casos de direitos disponíveis, revelando-se acanhado nas situações de perigo, em que o malogro do direito material da parte se avizinha com esvaziamento da função jurisdicional substitutiva. Lavrou-se, neste passo, fundo voto de desconfiança no Judiciário, mercê de manter-se em diploma tão atual uma velha postura homenageadora do não mais convincente princípio da “inércia processual”.

O ativismo judicial que hoje se apregoa faz da lei nova um diploma recheado de vetustez e covardia, sem prejuízo de afastar-se dos mais modernos postulados da efetividade do processo. Esse acanhamento do legislador foi tão longe que retirou praticamente com a outra mão a sedutora idéia da tutela antecipada, ao dispor no § 2º do art. 273, que, *verbis*: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

É que não se atentou para o fato de que, na grande maioria dos casos da prática judiciária, as situações de urgência que reclamam a antecipação da tutela geram, inexoravelmente, situações irreversíveis, porque encerram casos em que a satisfação deve ser imediata, como, v. g., aquela em que é autorizada uma viagem, uma cirurgia, uma inscrição imediata em concurso etc.

Desta sorte, a redação, como está, serve de instrumento para os que não reconhecem o que denominamos de “dever geral de segurança”. E, para tanto, basta que se justifique ou motive a decisão, como quer o § 1º do art. 273, sob o argumento de que a concessão implicará irreversão.

⁴ O dispositivo matriz desse poder do juiz é o art. 273, com a nova redação que lhe emprestou a Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, assim enunciado: “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e...”.

O legislador nacional desperdiçou a excelente oportunidade de enfrentar com coragem e ousadia a questão da inércia jurisdicional. A atuação *ex officio* do Judiciário, como sustentado na tese, é consectário do dever geral de segurança que se ancora nos poderes instrumentais do juiz para prestar a atividade substitutiva.

A fusão das idéias de evidência e de segurança não permitiu ao legislador entrever que, nesta última, há casos notórios de defesa da própria jurisdição e que por isso não pode ficar à espera da custódia parcial. Há interesse público que recomenda, nos estados de periclitção, que o Judiciário atue incontinenti cumprindo o seu *munus*. Calamandrei, na sua magnífica obra acerca dos provimentos cautelares, reiteradamente citada, observava esse poder jurisdicional, comparando-o ao *imperium iudicis* do magistrado romano e às *contempt of court* do direito inglês (p. 143). Acerca da temática da incoação estatal, repisamos tudo quanto expusemos a respeito com farta resenha das opiniões, nos seus múltiplos sentidos.

A regra ora *in foco* melhor disporia se, obedecendo à mesma margem de discricionariedade que inseriu para a concessão, a mantivesse mesmo nos casos de irreversibilidade, que representam grande parte das demandas de urgência.

Por outro lado, subjaz a certeza de que, não obstante textual a discricionariedade do magistrado, advirá a interpretação autêntica dos tribunais no sentido de que, preenchidos os pressupostos, é “direito da parte” a obtenção da tutela antecipada, tal como ocorre, v. g., nas ações possessórias e demais procedimentos aonde vem prevista a concessão das liminares antecipatórias dos efeitos do provimento final.

Em nosso entender o parágrafo praticamente aniquila a inovação trazida ao nosso⁵

Na sua essência, a tutela antecipada é regra *in procedendo* que se concilia com o poder-dever que tem o magistrado de velar pela rápida e adequada solução dos litígios. Dentre os imperativos jurídico-processuais, caracteriza-se como um “poder”, razão pela qual a lei utiliza-se da expressão “poderá”.

Seguindo a regra de que ao juiz é lícito julgar total ou parcialmente procedente o pedido, dispõe o novo diploma que a antecipação da tutela também pode ser “parcial ou total”, mas sempre nos limites qualitativos e quantitativos do pedido. O legislador fez questão de assentar a congruência necessária entre o pedido e a possibilidade de antecipação, de tal sorte que qualquer atividade fugidia do juízo incorrerá em *error in procedendo* pela concessão *ultra petita*. Esse exagerado apego ao princípio dispositivo exclui por completo a aplicação da fungibilidade do provimento.⁶

⁵ Admitir o acesso ao juízo significa pedir a proteção adequada, como bem acentuou Marinoni em “Tutela cautelar e tutela antecipatória”, *Revista dos Tribunais*, 1992, p. 89. No mesmo sentido Ovídio Baptista, para quem a tutela de segurança e de evidência entrevia-se embutida no procedimento cautelar, não obstante satisfativo-injuncional o provimento dela decorrente (*Comentários*, cit., p. 97). A mesma idéia encontra-se em Ada Grinover, que equipara a adequada tutela ao “devido processo” em *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, cit., p. 18.

⁶ A questão da fungibilidade dos provimentos vincula-se umbilicalmente ao problema da atuação *ex officio*; assim como o juiz fica adstrito às provocações das partes, vincula-se, também ao pretendido pelas mesmas, em quantidade e qualidade. Sucede que, no âmbito da segurança, subjaz a “defesa da jurisdição”, a necessidade de não permitir que se frustre um direito submetido ao juízo. Nesse aspecto, inegável que ao juiz se deveria conceder um poder de adaptação da medida às necessidades da parte, ainda que diverso daquilo que foi requerido. Entretanto, a única forma de assim proceder-se é considerar implícito o *aliud* porém *minus*. Expressivo o exemplo encontrado na obra de Fritz Baur antes citada, p. 9, quanto à possibilidade de o juiz, em vez de determinar a retirada de janela colocada com infração aos deveres de vizinhança, impor a substituição dos vidros, tornando-os foscos e impeditivos da invasão da privacidade alheia. A respeito desse delicado aspecto da atuação fungível do magistrado, consulte-se o corpo da tese, onde se sustenta, *de lege ferenda*, essa possibilidade *in genere*, como meio de se evitar sem resposta um pedido eventualmente atendível sob forma diversa daquela que foi pedida, como, v. g., ocorre com um vínculo rescindível, objeto de uma demanda onde se postulou a sua anulação.

Desta sorte, não cabe ao juízo escolher a “providência adequada”, como se mostra, em tese, a melhor proposição, senão acolher parcial ou totalmente o pedido do autor, quer na sentença final, quer na decisão antecipada.

É de se observar que um dos casos de tutela antecipada é aquele relativo aos “direitos em estado de periclitção”, por isso que, se o juiz verificar que uma outra medida diversa daquela pleiteada revela-se suficiente a conjurar o perigo de dano, não poderá adotá-la se estiver fora da órbita do pedido. A lei sinaliza, nessas hipóteses, com a adstrição do juiz aos elementos da demanda, restando ao magistrado a improcedência do pedido, malgrado o estado de periclitção do direito veiculado na ação, o que demonstra o grave equívoco legislativo.

Perseveramos, assim, no nosso entendimento de que, nos casos de tutela de segurança, é amplíssima a margem de arbítrio do juiz na escolha do provimento “sob medida”, considerando o “provimento adequado” como implícito no pedido de tutela antecipatória. Para esse fim, o juiz deve atentar sempre para o princípio de que não pode conceder a título de antecipação aquilo que não concederia como provimento final.

Objetivamente, à luz do dispositivo, uma odiosa interpretação literal implicaria afirmar que o juiz, diante de um pedido de arresto que alcançasse vários bens, não poderia reduzi-lo à quantidade “que reputasse suficiente” para garantia do crédito exequendo, ou, em face de um pedido de interdição de vários estabelecimentos, não poderia conceder a medida apenas de nomeação de um administrador para os mesmos, em razão de não constar referida providência do pedido de tutela antecipada, o que se revela inaceitável.

Destarte, a tutela antecipada torna desnecessária, em princípio, a instauração de processo antecedente para obtenção de medida prévia antes da instauração do feito principal.⁷

É que o legislador inseriu-a como uma fase do processo principal, estendendo a qualquer processo de conhecimento a possibilidade de concessão de liminar antecipatória dos efeitos da providência principal. Entre-

⁷ A tutela antecipada vem prevista como provimento interinal, assim considerado o satisfativo ou cautelar antecipatório. A esse respeito, expressivas são as lições de Mario Dini em **I provvedimenti d’urgenza**, cit. A expressão interinal serve, como serviu a Calamandrei, para especificar as medidas que decidem interinamente uma relação litigiosa sem prejuízo do comando final. Ovídio Baptista as considera satisfativo-provisionais, em *Curso*, cit., v. 3, p. 61 e s.

tanto, não se podem excluir as hipóteses em que a relação jurídica digna de proteção apresenta formação gradual e complexa e que numa dessas fases já se faça necessária a tutela de segurança, sem prejuízo de outra que porventura se imponha ao final da constituição completa da relação.

Assim, v. g., uma deliberação assemblear pode ser impugnada através de ação com tutela antecipada, sem prejuízo da continuação desse ato societário onde outras manifestações em continuação podem ser também objeto de demandas futuras. Nessa hipótese, a parte não é obrigada a aguardar o desenrolar da “lesão” ao seu direito para pleitear a tutela principal com pedido de antecipação. É lícito requerer a tutela de segurança de seu direito material antecipadamente, através de processo sumário, passível, inclusive, de ser revista, posteriormente, quando posta em juízo a pretensão final. Não obstante ocorrência mais rara, não se pode excluir essa tutela antecipada antecedente sem cunho cautelar.⁸

Entretanto, integrado completamente na esfera jurídica de seu titular o direito para o qual pede a proteção judicial, poderá o mesmo, existentes os pressupostos da antecipação, pedir o adiantamento da tutela no bojo do próprio processo principal, sem a necessidade de duplicação de feitos, como ocorria outrora com a utilização promíscua do processo cautelar antecedente ao processo principal, onde se pleiteava a defesa de interesses substanciais e não instrumentais.

1.1. Pressupostos da Tutela Antecipada

A tutela antecipada reclama pressupostos substanciais e pressupostos processuais. Genericamente, poder-se-ia assentar que são pressupostos substanciais a “evidência” e a “periclitación potencial do direito objeto da ação”⁹,

⁸ Encontram-se nos exemplos da doutrina nacional e da alienígena casos de provimentos satisfativos autônomos sem qualquer dependência com um futuro processo. Satisfazem de imediato, sem reclamar qualquer processo posterior. É o que Ovídio denomina de *tutela urgente satisfativa autônoma*, como se colhe em Dini, **I provvedimenti d’urgenza**, cit., p. 945, t. 2, segundo o qual o juízo deferiu ao locatário uma permissão para exploração pessoal do imóvel rural a que o locador se recusava a conceder, ou, ainda, o exemplo do deferimento da entrega de bem fungível ao credor, gerando, inclusive, uma *situazione ir reversibile*, como anota Giovanni Verde em **La tutela d’urgenza**, cit., p. 93.

⁹ O relevo conferido ao pressuposto serve para distinguir a tutela cautelar da tutela antecipada satisfativa. Consoante repetido inúmeras vezes no texto antecedente, assegurar não é satisfazer, senão criar condições para que a tutela satisfativa de cognição ou execução seja útil. A periclitación para o direito material da parte é situação diversa da periclitación para o processo ou para as condições necessárias para que se preste justiça. Conforme Calmon de Passos, há tutela preventiva substancial e tutela preventiva processual. Na primeira assegura-se um bem da vida que é conteúdo de um interesse de direito material, enquanto na segunda “se dá segurança ao processo”, no que diz respeito ao seu resultado útil (As ações cautelares, in **Comentários**, cit., p. 44). Giovanni Arieta timbrou a distinção na seguinte passagem de

e processuais a “prova inequívoca conducente à comprovação da verossimilhança da alegação” e o “requerimento da parte”.

O art. 273, com a sua nova redação, permite a tutela antecipada toda vez que a prova inequívoca convença o juízo da verossimilhança da alegação de que o direito objeto do *judicium* submete-se a risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Ambos os conceitos devem ser analisados à luz da pretensão de direito material e do princípio da especificidade, segundo o qual o ordenamento deve dar ao credor aquilo que ele obteria se a conduta devida fosse voluntariamente cumprida pelo devedor. Em prol do prestígio do Judiciário como atuante substitutivo do comportamento devido pelas partes, deve o mesmo evitar que o credor sinta os efeitos do inadimplemento, aqui considerados como “lesão” *in genere* do direito do autor.

Desta sorte, é sempre irreparável em primeiro plano, para o vencedor, não obter através da justiça aquilo que ele obteria se houvesse cumprimento espontâneo do direito. Assim, a primeira preocupação do magistrado não é verificar se a conduta devida pode ser substituída por prestação pecuniária, mas antes o alcance da frustração do credor no descumprimento da obrigação específica¹⁰.

O dano irreparável, nesse sentido, manifesta-se na impossibilidade de cumprimento posterior da obrigação ou na própria inutilidade da concessão da providência, salvo, antecipadamente. O esvaziamento da utilidade da decisão vitoriosa revela um “dano irreparável” que deve ser analisado em plano muito anterior ao da visualização da possibilidade de se converter em perdas e danos a não-satisfação voluntária pelo devedor¹¹.

seu **I provvedimenti d'urgenza**, cit., p. 48: “... *La dottrina tradizionale ha da tempo introdotto una distinzione tra due specie di pericula in mora: il pericolo da infuttuosità del provvedimento principale, che si verifica allorchè i provvedimenti cautelari si limitano non già ad accelerare la soddisfazione del diritto controverso, ma soltanto ad apprestare in anticipo mezzi atti a far sì che l'accertamento o l'esecuzione forzata di quel diritto avvengano in condizioni praticamente più favorevole; ed il pericolo da tardività del provvedimento principale, che, invece, sorge non dal temuto venir meno dei mezzi occorrenti per la formazione o l'esecuzione del provvedimento principale, ma dal protarsi, nelle more del processo ordinario, dello stato di insoddisfazione del diritto di cui si contende nel giudizio di merito*”.

¹⁰Essa também é a ótica de Barros Moreira, “Tutela específica das obrigações negativas”, in **Temas**; 2ª série, cit., p. 30 e s. Relembra-se por oportuno a antiquíssima e ainda insuperável fórmula de Chiovenda em **Saggi**, cit., v. 1, p. 110, de que “*o processo deve dar a quem tem direito tanto quanto seja praticamente possível, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de conseguir*”.

¹¹ Em expressão muito própria, Barbosa Moreira refere-se a algumas indenizações como verdadeiros “prêmios de consolação”, numa alusão à ineficiência da resposta judicial diante da lesão (“Tutela sancionatória e tutela preventiva”, in **Temas**, cit., p. 23).

Assim, v.g., a entrega de um imóvel pode ser premente para aquele adquirente que comprou um bem desfazendo-se dos demais que lhe pertenciam e não tem onde residir com a sua família. Entretanto, um determinado credor pode aguardar o pagamento de direitos autorais diante da inegável solvabilidade do devedor e de sua própria resistência econômico-financeira. No primeiro caso há potencialidade de dano irreparável e no segundo não.

O dano pode ser também de difícil reparação pela insolvabilidade do sucumbente ou porque este se mostre incapaz de recompor o patrimônio do vencedor diante da lesão ao seu direito. A entrega imediata de determinada coisa que pode vir a perecer resulta em utilidade maior para o credor do que a conversão em perdas e danos pelo seu mais alto valor. A tutela antecipada, nesse caso, é fruto da avaliação do juiz quanto à “dificuldade de reparação”.

Tendo em vista o sistema hermético utilizado pela lei tornando a tutela antecipada excepcional, tanto que não pode ser concedida se gerar efeitos irreversíveis, a prova inequívoca há de se referir, também, a esse risco de dano, sem prejuízo de engendrará-la o demandante quanto à verossimilhança de suas alegações.

Em resumo, para fazer jus à tutela antecipada o requerente há de demonstrar de forma inequívoca o seu direito e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

*1.2. A Evidência do Direito*¹²

A tutela antecipada reclama prova inequívoca da verossimilhança da alegação e “periclitção do direito” ou “direito evidente”, caracterizado pelo “abuso do direito de defesa” ou “manifesto propósito protelatório do réu”.

Conforme se verifica, a idéia central da lei é demonstrar a expressiva evidência do direito do autor, de tal maneira que a defesa é apenas abusiva ou protelatória, com o escopo de postergar a satisfação dos interesses do titular do direito líquido e certo¹³.

¹² Ovídio Baptista assentou com muita propriedade que onde há evidência não se justifica a demora da resposta judicial nem o ritualismo das formas de indagação judicial (Curso, cit., v. 3, p. 46, notas). Mais adiante (p. 56), conclui que os direitos aparentes são objeto da cognição típica cautelar, ao passo que os “direitos evidentes merecem proteção imediata”. Essa também é a inspiração legislativa ao erigir esse segundo pressuposto da tutela antecipada.

¹³ O paradigma parece ter sido o moderno direito francês no art. 808 do **Nouveau Code de Procédure Civile**, que autoriza a concessão das *ordonnance des référés* quando a oposição do demandado não é *serieuse*.

Observa-se que, em princípio, nessa hipótese de tutela antecipada do direito evidente, o juízo necessita conhecer a defesa do réu para concluir pela inconsistência desta, frente ao direito do autor. Entretanto não se pode afastar a possibilidade de o juiz verificar a ausência de oposição séria à luz de comunicações formais trocadas entre os contendores antes mesmo da ação proposta como cartas, notificações etc., possibilitando a concessão da antecipação *initio litis*.

A defesa abusiva é a inconsistente, bem como a que não enfrenta com objeções, defesa direta ou exceções materiais a pretensão deduzida, limitando-se à articulação de preliminares infundadas. Assente-se, ainda, por oportuno, que não é preciso ao juízo aguardar a defesa para considerá-la abusiva, haja vista que nos casos de evidência é lícito atender o requerimento de tutela antecipada, tal como se procede quando se analisa o pedido liminar de mandado de segurança, proteção possessória etc.

A insubsistência da defesa exercitável ou exercitada, em resumo, configura, para a lei, caso de direito evidente, passível de receber a antecipação dos efeitos da sentença, porque injustificável a espera da decisão final após longo e oneroso procedimento.

Uma última observação se impõe quanto a se considerar repetitiva a lei ao referir-se a “abuso do direito de defesa” e “intuito protelatório do réu”, por isso que essa segunda modalidade de conduta processual encaixa-se no gênero da primeira prevista, na medida em que os incidentes processuais suscetíveis nessa fase do procedimento encontram-se englobados na expressão “defesa do réu”.

*I.3. Prova Inequívoca*¹⁴

Não é de estranhar-se que o legislador, acanhado como o foi na instituição da tutela antecipada, tenha exigido para sua concessão uma “prova inequívoca” capaz de reduzir a zero a margem de erro que gravita em torno da tutela imediata. Em princípio, há mesmo *contraditio in terminis* na utilização dos termos “prova inequívoca” e “verossimilhança”, na medida em que aquela conduz à certeza. Entretanto, o legislador adaptou-se à moderna concepção de que o juiz trabalha com a “lógica do razoável”, na expressão de renomado filósofo do direito¹⁵.

¹⁴ Considerando que a tutela antecipatória engloba a tutela de urgência, denota-se exagerado o requisito, tanto mais que a tendência nesse campo de tutela imediata não é senão a própria “redução do módulo de prova” como suficiente a legitimar o julgamento prévio (Gerhardt Walter, **Libre apreciación de la prueba**, cit., § 10).

¹⁵ Luiz Recaséns Siches, **Nueva filosofía de la interpretación**, 1980, p. 277.

A prova, via de regra, demonstra o “provável”, a “verossimilhança”, nunca a verdade plena “que compõe o mundo da realidade fenomênica. Os fatos em si não mudam, porque a prova realiza-se num sentido diverso daquele que a realidade indica. Ora, se assim o é e se o legislador não se utiliza inutilmente de expressões, a exegese imposta é a de que “prova inequívoca” para a concessão da tutela antecipada é alma gêmea da prova do direito líquido e certo para a concessão do *mandamus*. É a prova estreme de dúvidas, aquela cuja produção não deixa ao juízo outra alternativa senão a concessão da tutela antecipada.

Essa prova há de ser pré-constituída se o autor desejar obter a antecipação *initio litis*, ou constituída no curso do processo através de justificação ou antecipação da fase probatória. A lei não estabelece o momento de concessão dessa tutela, decerto deferível “em regra” antes da sentença final, para que possa ser considerada antecipatória. Ademais, a correta exegese é a de que o juízo aguarde a iniciativa da parte, que pode dar-se inicialmente com a própria apresentação da petição inicial em juízo ou incidentalmente.

No que pertine à evidência, o raciocínio, à luz do texto legal, é claro. A parte deve comprovar de plano o seu direito evidente na inicial e pleitear a antecipação da tutela, de sorte que, muito embora a prova plena possa ser encetada mais adiante, a concessão da antecipação fica condicionada a haver pedido na inicial.

Realizada a prova plena posteriormente, mister tornar-se possível a tutela antecipada, malgrado não pleiteada na inicial, considerando esse pedido como embutido na postulação de uma decisão para a causa. Essa é uma das razões pelas quais essa tutela antecipada deveria compor a atividade *ex officio* do juiz.

Considere-se, ainda, que se revela em prova inequívoca a alegação calcada em fatos notórios, incontroversos ou confessados noutra feita entre as partes, bem como aquela fundada em presunção *jure et de jure*, haja vista que a presunção relativa admite, em princípio, prova em contrário e por isso mesmo não é inequívoca.

Cabe ao juízo avaliar a prova inequívoca em confronto com a urgência requerida, compondo um juízo de probabilidade que o autorizará a conceder a antecipação. Na tutela da evidência o exame ocorre sem maiores percalços, porque não se trata de direito em estado de periclitção, senão direito evidente. Ressalte-se, por fim, que qualquer meio de prova moralmente legítimo pode ser utilizado para a comprovação da verossimilhança da alegação apta a ensejar a tutela antecipada.

1.4. Tutela Antecipada - Natureza Jurídica e Irreversibilidade da Decisão

A antecipação da tutela significa que, sob o ângulo cronológico, a decisão antecede a sentença final, caracterizando-se, portanto, como decisão interlocutória, passível de agravo. A concessão fica ao critério do juízo, segundo a averiguação da comprovação dos requisitos substanciais e processuais, ao passo que a denegação é sempre obrigatória quando irreversíveis os efeitos do deferimento. Trata-se de uma impossibilidade jurídica odiosa criada pela lei, uma vez que, em grande parte dos casos da prática judiciária, a tutela urgente é irreversível sob o ângulo da realizabilidade prática do direito.¹⁶

De toda sorte, a irreversibilidade significa a impossibilidade de restabelecimento da situação anterior, caso a decisão antecipada seja reformada. Essa literal percepção do fenômeno da irreversibilidade do resultado pode aniquilar com o novo instituto, haja vista que essa reversão não pertence ao mundo das normas jurídicas. É verdade que algumas determinações judiciais podem ser desfeitas, restabelecendo as coisas ao estado anterior, como, v.g., a devolução de um bem determinado antecipadamente ou a reintegração num cargo ocupado por força de decisão liminar. Entretanto, há providências cujos resultados são irreversíveis e urgente a necessidade de tutela. Sob esse prisma, o juízo, desincumbindo-se de seu poder-dever, há que responder de tal maneira que, malgrado irreversível o estado de coisas, a decisão não cause prejuízo irreparável ao demandado. Em essência, é a contrapartida da regra que não permite ao juízo, para conjurar um perigo, criar outro de maior densidade. De toda sorte, mercê de ser casuística essa análise, deverá balizar-se o juízo à luz da urgência, da necessidade e da inexistência de dano irreparável para o demandado pela irreversibilidade do provimento.

¹⁶O legislador não se desgarrou da técnica cautelar, cuja decisão, provisória por excelência, deve ser sempre reversível, e adotou-a em sede de tutela antecipada do direito material. É de sabença que, em alguns casos, os efeitos fáticos são irreversíveis, porque essa irreversibilidade não pertence ao plano normativo, consoante anteriormente expusemos. Ademais, a doutrina sempre reconheceu a possibilidade de decisões antecipadas irreversíveis com possibilidade de reparação pelo beneficiário da medida caso revogada posteriormente. Ultimamente tem sido essa a tendência, consoante os exemplos da lei de locações, com o despejo liminar irreversível e as liminares do Código de Defesa do Consumidor. Quanto a essa possibilidade de irreversibilidade, leciona Giovanni Verde em **La tutela d'urgenza**, cit., p. 93, e, no mesmo sentido, Ovídio Baptista, **Curso**, cit., v. 3, p. 53.

A tutela, não obstante antecipatória, não exclui a necessidade de motivação para a sua concessão. Aliás, com o advento da Carta de 1988 instituindo a motivação de toda e qualquer decisão judicial, lavrou-se certa discussão sobre se a concessão das liminares deveria ou não ser antecedida de farta motivação comprometedora da decisão final. O novel diploma não deixa a menor margem a dúvidas, tanto que o § 1º do art. 273 determina, sob pena de *error in procedendo*, que o juiz indique de forma clara e precisa as razões de seu convencimento quanto à verossimilhança da alegação do direito evidente ou em estado de periclitación. Desaparece, assim, a prática judiciária da concessão de liminares sem motivação, devendo, agora, a justiça esclarecer por que razão o demandante foi acolhido ou rejeitado na sua pretensão antecipada¹⁷.

A decisão de antecipação, por seu turno, pode ser, segundo a lei, revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

*1.5. Revogação e Modificação da Tutela Antecipada*¹⁸

A revogação implica a eliminação da medida anteriormente concedida e a modificação pode ser quantitativa ou qualitativa. Advirta-se, entretanto, que o sistema da lei é informado pelo princípio dispositivo, haja vista que a antecipação pressupõe pedido e adstrição do juízo à inicial. Disto decorre que tanto a revogação quanto a modificação devem ser “requeridas”, vedando-se em princípio a atividade *ex officio*. No campo da tutela da evidência, a sistemática segue tradição secular, sendo certo que os direitos indisponíveis mereciam tratamento diferenciado, como de resto assim os contempla o ordenamento em geral¹⁹.

¹⁷ A necessidade de motivação das decisões judiciais permitiu a Barbosa Moreira lavrar belíssima página acerca do tema, como se verifica em **Temas**, cit., p. 83 e s., onde se colhem dados histórico-comparativos da necessidade de motivação como “garantia do estado de direito”. Como bem inspirou-se o renomado autor Bentham: “*Good decisions are such decisions for which good reasons can be given*”.

¹⁸ A provisoriade é característica da tutela antecipatória; no aguardo da decisão final, trata-se de consectário da impossibilidade de concedê-la com caráter irreversível e do comando legal de que o processo deve prosseguir mesmo com a concessão da antecipação. Provisório é o que aguarda o definitivo, na clássica lição de Calamandrei na **Introdução ao estudo sistemático das providências cautelares**. Idêntica idéia se encontra em Lopes da Costa, **Medidas preventivas**, cit., ao nomear o exemplo dos andaimos como instrumentos temporários e definitivos e a barraca do desbravador dos sertões, provisória de uma melhor habitação (p. 10).

¹⁹ A matéria foi discutida em textos anteriores, onde se enuncia a opinião daqueles que não só admitiam a incoação estatal em matéria de tutela antecipada como também dos que limitavam essa iniciativa aos denominados direitos indisponíveis, como, v. g., o professor Calmon de Passos. Inegável, entretanto, as fendas que se abrem no sistema em matéria de família e menores, campos fertilíssimos do trato dos interesses ditos indisponíveis.

Entretanto, no campo da tutela de segurança, à luz do dever geral de segurança que tem todo o magistrado a partir da instauração da relação processual, não se pode duvidar da necessidade de uma atuação independente da iniciativa da parte. Consoante afirmamos anteriormente, não se pode conceber que o juiz assista impassível à periclitacão de um direito cuja satisfação depende da resposta judicial em razão da impossibilidade de autotutela.

Verificando o juízo através de provas inequívocas que a tutela requerida merece, v.g., uma ampliação, sob pena de frustrar aquela anteriormente concedida, deve atuar de ofício, ainda que seja para equilibrar as posições das partes no processo²⁰.

A questão não resolvida pela lei diz respeito à extensão desse poder de o juiz “modificar a decisão”.

À luz do *caput* do art. 273, parece limitar-se o magistrado a um *minus* e a um *plus*, tudo dentro daquilo que foi pedido na inicial. No sistema rigidamente dispositivo não há lugar para a criatividade do juiz.

Ademais, a lei não repisou, na tutela antecipada, a regra do art. 799 do Código de Processo Civil, que confere ao magistrado o poder de prover “sob medida”.

Ao revés, ele deve conferir a providência dentro do “pretendido no pedido inicial”, para utilizarmos a expressão do art. 273, *caput*. Logo, essa modificação também fica balizada pelo pedido, encarcerando o juiz aos seus limites, fazendo com que qualquer modificação da tutela *in itinere* seja requerida e empreendida nos limites do pedido inicial. Em nosso entender, entretanto, esta não é a melhor solução, tampouco a melhor exegese.

A modificação da tutela antecipada em sede de tutela de segurança deve atender, especificamente, às necessidades do caso concreto. A situação de periclitacão é mutável e pode exigir algo proporcional que não esteja incluído no pedido, até porque superveniente a nova exigência²¹.

²⁰ Relembre-se que Carnelutti referia-se a essa igualdade das partes como motivadora das medidas de segurança. Ademais, os deveres são exercitáveis de ofício, o que não impede a iniciativa da parte mas não a obriga. Essa publicização da jurisdição foi entrevista por Ovídio na obra de Calamandrei, em **Curso**, cit., v. 3, p. 68-9.

²¹ É de Mario Dini a lição de que o provimento cautelar “*pu essere modificato dal giudice ogni qualvolta si renda necessario per raggiungere lo scopo che si era prefisso con l’emanazione dello stesso in relazione alle variazioni delle circostanze che eventualmente non potevano prevedersi al momento dell’emissione*” (**La denuncia di danno temuto**, cit., p. 44).

Por outro lado, nesse mister de adaptação da medida às necessidades supervenientes, preconiza-se a fungibilidade constante do provimento, consoante exposto anteriormente, porque ao juiz cabe dar solução adequada ao litígio.

A modificação e a revogação obedecem à regra da necessidade de motivação, que se exige, também, para a concessão. Encetada a decisão no curso do procedimento, a mesma comportará o agravo pela natureza incidente da decisão.

A sentença final que dispõe sobre o litígio cassa a tutela antecipada, prevalecendo sobre esta, não ocorrendo, aqui, a controvérsia sobre a prevalência da liminar sobre a decisão final suspensa por recurso recebido no duplo efeito²².

A tutela antecipada, como o próprio nome sugere, é antecipação do resultado final e sobre este não pode prevalecer, máxime porque o último é adotado após cognição plena. É certo que dificilmente a tutela antecipada merecerá revogação na sentença final, haja vista o requisito probatório exigido para a sua concessão, que não é senão o mesmo que se reclama para o julgamento mesmo da causa.

Que espécie de prova mais robusta pode a parte produzir para o acolhimento de seu pedido senão uma “prova inequívoca conducente à verossimilhança de sua alegação”? E essa mesma prova é a exigível para a concessão da tutela antecipada, de sorte que o panorama probatório, numa causa em que se deferiu a tutela antecipada, dificilmente se modificará do início ao fim do processo²³.

²² Raciocínio diverso empreende a doutrina em matéria de antecipação da tutela cautelar. Exatamente porque não há satisfatividade antecipada e o mérito vai ser apreciado *a posteriori*, sustenta-se uma distinção entre a eficácia da medida cautelar e a eficácia da sentença, fazendo prevalecer a primeira mesmo após a definição final sujeita a recurso recebido no duplo efeito. Aduz-se a diferença entre imperatividade do julgado e exequibilidade do julgado, esta sim capaz de fazer desaparecer a liminar cautelar, segundo lições de Carnelutti e Alcides Mendonça Lima enunciadas no texto. A tutela antecipada obedece a uma sistemática diferente, na medida em que resta absorvida pela decisão final. Ademais, como advertira Tommaseo, “*assurdo attribuire alla misura cautelare urgente un’ autorità maggiore della decisione di merito di primo grado*” (**I provvedimenti d’urgenza**, cit., p. 276).

²³ Há uma profunda diferença entre a prova exigida para a concessão da tutela antecipada e aquela que se impõe ao demandante cautelar. Exatamente porque à cautela sucede o processo principal, nessa sede o legislador contenta-se com a aparência, ao passo que para a antecipação a exigência é a da evidência, ou, para utilizarmos a linguagem da lei, “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”. Essa demonstração ainda não é a certeza absoluta, a verdade, senão o próprio valor limite com que lida o magistrado na sua tarefa de definir o direito. Aliás, é clássica a lição de Calamandrei em “*Verità e verossimiglianza nel processo civile*”, **Rivista di Diritto Processuale**, de que “*anche si siamo convinti*

Entretanto, não se podem olvidar hipóteses excepcionais, nas quais a liminar deva prevalecer sobre a decisão final em razão do estado de periclitacão do direito não reconhecido na sentença, mas possível de sê-lo em sede de recurso.

Nestes casos, a permanência do provimento até o trânsito em julgado da decisão encontra amparo em algumas vozes da doutrina²⁴.

Indeferida a tutela antecipada *initio litis*, impõe-se saber se ao juiz é lícito, ao decidir a causa, antecipar esses efeitos pendente o litígio de recurso. Entendemos que sim, porque a própria lei dispõe que “concedida a tutela o processo prosseguirá até final julgamento”. Logo, ainda que o juiz não tenha deferido no curso do processo a tutela antecipada, nada obsta a que o faça quando da sentença porque, para ele, a prova inequívoca pode ter sido apresentada apenas na fase de julgamento, revelando-se injusto fazer a parte aguardar o julgamento do recurso recebido no duplo efeito.

A mesma providência pode ser requerida ao órgão superior, caso o ofício jurisdicional de primeiro grau não mais permita ao juiz intervir no processo. Afinal, as expressões “juiz” e “final julgamento” também pertinem ao tribunal.

Ademais, a própria lei prevê a modificação e a revogação da antecipação a qualquer tempo, o que significa que o órgão *ad quem* se investe também da cognição da medida sem prejuízo da análise do recurso contra a sentença final, exegese que se reforça na medida em que um dos casos de tutela antecipada é o de periclitacão do direito, e, nesses casos, sempre foi da tradição do nosso sistema admitir a competência do relator diante do *periculum in mora* e em face do término do ofício jurisdicional de primeiro grau, como, v. g., prevê o atual art. 800 do Código de Processo Civil, modificado apenas para explicitar-se que a competência é do próprio “órgão” do tribunal e não mais, monocrática.

che la natura humana non è capace di raggiungere le verità assolute, è dovere di onestà adoprarsi con tutte le forze per cercare di approssimarsi quanto più si pu alla meta irraggiungibile: così nel processo, anche se si è convinti che la sentenza finale non pu essere altro che un giudizio de verossimiglianza tale da non escludere mai in maniera assoluta l'errore giudiziario, ci non toglie che tutta la struttura del procedimento debba essere preordinata a rendere il più possibile approfondita e controllata la ricarica della verità, in modo che lo scarto tra questa e la verossimiglianza si riduca al minimo”.

²⁴ Ovídio Baptista, *Curso*, cit., v. 3, p. 124, com citações da doutrina francesa e de parte da moderna doutrina italiana.

1.6. Execução da Tutela Antecipada²⁵

Mantendo a coerência com a proibição de tutela antecipada de efeitos irreversíveis, a nova lei instituiu, como meio para “efetivar-se” a antecipação, os princípios que regem a execução provisória. Nesta, como é sabido, a satisfação do direito não pode alcançar estágio irreversível característico da execução definitiva. Há apenas atos de execução, antecipados. Nesse sentido, a lei determina que a efetivação da medida antecipada não importe alienação de domínio, levantamento de dinheiro sem caução idônea, sem prejuízo de implementar-se de uma maneira que, sobrevindo decisão contrária, as “coisas retornem ao estado anterior”. Mais uma vez, aqui, o legislador esbarrou na sua covardia, tornando inócua a inovação. Inúmeros são os casos em que a medida antecipada ou é deferível naquele momento ou não mais revelará qualquer utilidade para a parte. Ademais, é fenomênico o grau de irreversibilidade prática dos efeitos da decisão. Assim, v.g., uma viagem autorizada, uma cirurgia, a determinação de apresentação de um espetáculo ou a divulgação de um documento, chancelados por tutela antecipada, apresentam efeitos irreversíveis. Nesses casos, é de todo impossível aplicarem-se os princípios da execução provisória, sob pena de inviabilizar-se a antecipação, com notável denegação de justiça. Não há a menor dúvida de que a melhor técnica seria a duplicidade²⁶ das ações onde se verifica a tutela antecipada, permitindo-se ao juiz conferir perdas e danos à parte lesada pela efetivação da antecipação da tutela, como contrapartida ao deferimento daquela, inclusive garantido por caução, conforme sustentado anteriormente.

²⁵ 412. A lei utiliza-se de forma promíscua do vocábulo “execução”, em vez de efetivação. É que o sistema exige sentença condenatória para execução e a tutela antecipada liminar encerra a figura de uma interlocutória. É verdade que parte da doutrina sustenta a possibilidade de sentenças liminares e execução para segurança, como, v. g., Pontes de Miranda e Ovídio Baptista. Entretanto, o sistema da lei é de categorizar essas decisões, conforme determinem ou não a extinção do processo, e o novel diploma é claro ao estatuir que a tutela antecipada não encerra a relação processual. Ademais, seria de todo insustentável submeter o beneficiário da tutela antecipada aos rigores das formas da execução, por isso que a efetivação da antecipação realiza-se sob o signo da mandamentalidade. Melhor é a expressão da doutrina italiana, que prefere a “*provvedimenti d’urgenza*” (Tommaseo, **I provvedimenti d’urgenza**, cit., p. 331, e Arieta, **I provvedimenti d’urgenza**, cit., p. 332).

²⁶ A esse respeito remetemos o leitor à nossa proposta, *de lege ferenda*, quanto à duplicidade das ações, revelando-se, aqui, sua intensa utilidade em face da irreversibilidade fática de alguns provimentos antecipados.

Contudo, a lei utilizou-se de técnica diametralmente oposta. O executante da tutela antecipada, em princípio, está isento da caução, até porque esta não pode ser irreversível na medida em que as coisas devem retornar ao estado anterior caso a decisão seja modificada. Por outro lado, revelando-se irreversível o provimento, a tutela não pode sequer ser concedida, pouco importando a “prova inequívoca” exigida, que, como já vimos, dificilmente será alterada no curso do processo.

O § 3º do art. 273 do Código de Processo Civil determina a aplicação, no que couber, das regras da execução provisória. Na verdade não se trata de processo de execução autônomo. É execução sem intervalo, na mesma relação processual, assemelhando-se o vocábulo execução à “efetivação”, implementação do provimento no mesmo processo. Ressoa evidente que não teria sentido que o legislador instituisse uma antecipação no curso do processo de conhecimento visando à agilização da tutela e a submetesse às delongas da execução²⁷.

A lei não distinguiu a tutela antecipada da evidência da tutela antecipada nos casos de periclitación. Em ambas, a execução deve ser provisória e reversível. Entretanto, de nada adiantaria a previsão de tutela antecipada se o cumprimento da medida fosse postergado, tornando letra morta o instrumento de agilização jurisdicional.

Obedecendo à regra da reversibilidade, amplos devem ser os poderes do juiz no afã de efetivar a antecipação, aplicando-se analogicamente, para esse fim, o § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil, alterado pela mesma lei, que previu a utilização de todos os meios necessários pelo juiz para a implementação da tutela específica, tal como buscas e apreensões, remoção de pessoas, requisição de força policial etc.

Ainda sob esse ângulo e mantida a reversibilidade, caracteriza-se desobediência o descumprimento da ordem contida no provimento antecipa-

²⁷ Aplicável à tutela antecipatória pela sua modernidade constante e porque lavrado tendo em vista os mesmos pressupostos da atual tutela antecipada, o memorável ensinamento de Liebman no estudo “L’unità del procedimento cautelare”, **Rivista di Diritto Processuale**, 1954, cit., p. 248: “*La fasi è i momenti in cui l’organo conosce e quelli in cui eseguisce si seguono, senza soluzione di continuità, in un unico procedimento, che è però, almeno nella generalità dei casi, un procedimento misto di cognizione e d’esecuzione. Il procedimento è unico e indivisibile, perché unico e indivisibile è l’interesse ad agire*”, e vice-versa. Em obra recente, Marinoni concluiu pela executividade intrínseca dos provimentos de urgência, capazes de produzir efeitos imediatos (“Tutela cautelar e tutela antecipatória”, **Revista dos Tribunais**, 1992, p. 130). Assim também se pronuncia a doutrina italiana moderna acerca do tema, como se observa em Tommaso, **I provvedimenti d’urgenza**, cit., p. 330.

do, porque é da essência deste a mandamentalidade como instrumento viabilizador da antecipação dos efeitos do provimento final²⁸.

Assim, v.g., a realização de uma assembléia desautorizada em tutela antecipada ou a recusa à entrega imediata de um bem podem gerar, no primeiro caso, o impedimento de realização do ato pela força policial, sem prejuízo da sanção criminal pela desobediência, e, no segundo, uma imissão de posse judicial.

Trata-se, na verdade, de fusão admirável de instrumentos de origem romano-germânica e de matiz anglo-saxônica, reclamados de há muito pela eficiência que essa execução por coação e sem intervalo representa.

Subjaz sempre a preocupação com relação a essa vedação da tutela antecipada em casos de irreversibilidade, porque a interdição, nalguns casos, desprotege os direitos e torna impossível a execução do provimento.

II. A TUTELA ANTECIPATÓRIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A repressão ao “abuso do direito de recorrer” incluiu-se na ideologia norteadora da reforma que inspirou o exurgimento da “antecipação de tutela”. Essa novel técnica decorre do poder de que é dotado o relator, e *a fortiori* o colegiado, para negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário aos entendimentos predominantes consubstanciados em súmulas.

Sob essa ótica, por via oblíqua, o legislador propicia uma rápida solução judicial, obstando que uma parte fique à mercê da outra, privilegiando o princípio isonômico-processual e a conduta *coram iudicem* no atuar jurisdicionalmente.²⁹

²⁸ É importante anotar que aqui e alhures discute-se com grande receptividade a adoção das *contempt of court* como meio moralizador no cumprimento das decisões judiciais. Impõe-se solidificar a versão de que no plano extrajudicial a negação ao direito atinge a parte e só a ela. Entretanto, após o desfecho judicial, o descumprimento é ao decidido pelo Estado, e a resistência às decisões judiciais, inclusive às antecipatórias lavradas diante de um estado de periclitção, revelam flagrante atentado à dignidade da justiça. Ademais, a possibilidade de descumprimento da tutela antecipada torna letra morta o instrumento em prestígio à recalitrância do vencido. No direito estrangeiro coaduna-se com o rigor ora proposto a doutrina de Aldo Frignani em conhecido trabalho intitulado *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, 1974. No direito brasileiro, Ovídio Baptista, *Curso*, cit., v. 2, p. 256, e recentemente Marinoni, p. 133-7.

²⁹ Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 [Código de Processo Civil]

Art. 557 - O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior

A fusão desses dois novos instrumentos viabilizou algo que outrora observava-se com mais frequência na instância *a quo*, qual seja a concessão de liminares pelo juízo *ad quem*. Aliás, fruto também de recente reforma, o artigo 558 do CPC passou a admitir a concessão de suspensividade *ope judicis* a recursos dotados de dupla eficácia, toda vez que se vislumbre “risco de dano irreparável”.³⁰

Num primeiro momento a praxe revelou a aplicação literal do novo dispositivo, por isso que os órgãos fracionários dos tribunais limitaram-se a “sustar” decisões “passíveis de revisão”. Posteriormente, através do papel criativo da jurisprudência consagrou-se o efeito ativo “dos provimentos de segundo grau diante da irresignação quanto aos atos omissivos da primeira instância”.³¹

Hodiernamente os nossos Tribunais praticam os novéis institutos com largueza, ora sustando efeitos das decisões recorríveis ora concedendo efeito ativo aos recursos. Assente-se que, nos Tribunais Superiores é usual a utilização de “provimentos cautelares” com base em dispositivo regimental (como v.g.; o art. 288 do RISTJ) para impedir a execução de decisões sujeitas aos recursos para esses órgãos de cúpula que, tradicionalmente, não ostentam efeito suspensivo.³²

§ 1º - Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

³⁰Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 [Código de Processo Civil]

Art. 558 - O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Parágrafo único - Aplicar-se-á o disposto neste artigo às hipóteses do art. 520.

³¹ Anotou percutientemente Teori Zavaski que a concessão de eficácia suspensiva ao recurso dela não dotado não era suficiente a reprimir a potencialidade de danos irreparáveis. A Adoção da máxima *ubi eadem res ubi eadem dispositio* restou por admitir a consagração do “efeito ativo”, inclusive em sede de recursos para os Tribunais Superiores, in **Antecipação de Tutela**, Saraiva, 1997, p.134.

³² Nesse mesmo sentido Teori Zavaski, ob, cit, Cap. VII, “Antecipação de Tutela nos Tribunais”, p. 117/136; Roberto Armelin, “Notas sobre a antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição”, In Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela, **RT**, 1997, p. 431/455; William Santos Ferreira, “Breves reflexões acerca da tutela antecipada no âmbito recursal”. E. **RT** 2000, p. 654/693.

Acerca dessa recente prática, mas de diuturno manejo, inúmeras páginas encontram-se lavradas nas obras versantes sobre a Tutela Antecipada.

A “questão elegante” que se põe, em verdade, não é a da antecipação consistente nessa estratégia meramente processual de sustar ou conceder o efeito ativo ao recurso em si, senão de “antecipar a satisfação do pedido no âmbito dos recursos superiores”.

Consoante é cediço, a antecipação de tutela significa realização antecipada, por isso já se afirmou em “belíssima sede doutrinária” que na tutela antecipada deferida, o processo começa por onde termina o processo de execução, que é a satisfatividade plena³³. Esta é a questão ora suscitada: Podem os Tribunais Superiores; o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça concederem a antecipação de tutela com esse espectro de satisfação?

Algumas questões antecedem a conclusão esperada.

Em primeiro lugar, cumpre destacar a hipótese em que o recurso é interposto com o fim de obter a providência negada na instância de origem e que se pretende obter antecipadamente, na premissa do provimento do recurso especial ou extraordinário. Trata-se, portanto de pedido formulado pelo próprio recorrente.

Em segundo lugar forçoso analisar a pretensão, no mesmo sentido, deduzida “pelo recorrido”, posto entender “abusivo o recurso interposto”.

No primeiro caso, a antecipação da tutela requerida ao relator *ad referendum* do colegiado dependerá da verificação da verossimilhança do alegado, à luz do contexto recursal.³⁴

Poder-se-ia objetar essa possibilidade de antecipação sob o argumento de que a concessão demandaria análise da “prova inequívoca”, cognição interdita aos Tribunais Superiores que se autolimitaram quanto à apreciação de elemento probatório em razão da função que os recursos que lhes são endereçados exercem; vale dizer: a manutenção da inteireza e interpretação do direito nacional.

³³ Claudio Cecchela; Romano Vaccarella e Bruno Capponi, in *Il processo civile dopo la riforma*, Torino, Giapichelli, 1992.

³⁴ Essa possibilidade de concessão de antecipação é chancelada por toda a doutrina, abrindo-se à parte prejudicada o agravo regimental para o colegiado a quem toca o conhecimento do recurso superior como técnica “integrativa” da deliberação antecipada. Conforme a lição de consulta obrigatória de Moniz de Aragão, o agravo regimental destina-se a permitir a integração do pensamento do tribunal”, in *Revista de Direito Processual Civil*, n. 2, p. 70 e 74.

Entretanto é inegável que os Tribunais Superiores, mercê de não empreenderem um “reexame da causa” em terceiro grau de jurisdição, “julgam-nas”, aliás, como a própria Constituição Federal explicita.³⁵

Destarte, a prova inequívoca exigida para a antecipação de tutela, não é senão a liquidez e certeza do “próprio direito em jogo”,³⁶ e de aferição exemplar pelos Tribunais Superiores, porquanto acodem a essas Cortes extraordinárias, devidamente prequestionados.

Não há a menor dúvida de que a exaustão processual cognitiva a que se submetem as partes antes da chegada do recurso aos Tribunais Superiores, revela um elemento positivo que é a “apuração da juridicidade” do que se está discutindo. Ademais, pela eminência, experiência e cultura de seus membros integrantes, não há órgão julgador mais adequado à verificação do direito escorreito, procedente, do que as Cortes Maiores. E este é o pressuposto inafastável da antecipação de tutela. Imperioso ainda assentar que afrontaria à lógica jurídica, elemento inseparável da hermenêutica, admitir-se ao juiz de primeiro grau antecipar tutela e vetá-la aos mais eminentes Tribunais Superiores do país...³⁷

A segunda indagação parece instigar questões mais delicadas porquanto o pleito de antecipação, em princípio, é obra do recorrente.

Subjaz, assim, a indagação sobre se é possível ao recorrido pleiteá-la.

A questão deve ser analisada sob o mesmo prisma da prova inequívoca da verossimilhança do direito *sub judice*.

Revela-se possível que o recorrido, por prudência e depois de obter sucessivas vitórias na justiça local, aguarde a remessa dos autos aos Tribunais Superiores para só então pleitear a antecipação.

³⁵ Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente:*

.....

Art. 105. *Compete ao Superior Tribunal de Justiça:*

I - processar e julgar, originariamente:

No sentido de que os Tribunais Superiores no exercício de suas competências recursais “tutelam direitos subjetivos” mediante julgamento, as intransponíveis lições de Barbosa Moreira, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Forense, p. 566, Ed. 1999.

³⁶ Consulte-se a respeito do tema, Luiz Guilherme Marinoni, onde destaca que o conceito de prova inequívoca é semelhante à liquidez e certeza exigível para o Mandado de Segurança, *in A antecipação na reforma do processo civil*, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 1996.

³⁷ No sentido do texto, Teori Zavaski, *ob. cit.*, n. 2 “antecipação de tutela na fase recursal”, p. 119.

Considerando-se que tutela antecipada é sinônima de satisfação antecipada, tem-se que se vitorioso na instância última, o recorrido poderá promover a execução. Ora, se a execução é de sua iniciativa, a antecipação de seus resultados também pode sê-lo, e a sede própria para isso, estando o processo nas Cortes Superiores é o Tribunal maior.³⁸

É de somenos o fato de que o recorrido poderia ter pleiteado na instância de origem uma “execução provisória” que, como se sabe, diante de todas as suas limitações, dentre as quais a que impede a satisfação plena, não apresenta a mais tênue utilidade. Afirmou-se com autoridade insuperável que a execução provisória é um “nada jurídico”, não se extraindo qualquer proveito desse adiantamento levado a efeito pelo vencedor da demanda³⁹. Não é por outra razão que as reformas européias admitem a “execução completa” com base em decisão provisória⁴⁰, solução que, de *lege ferenda*, indicia tornar-se brevemente, de *lege lata* com o advento da “reforma da reforma do Código de Processo Civil”.

Ademais, conceder-se antecipação ao recorrente e vetá-la ao recorrido implica violação ao princípio da isonomia, sem prejuízo de conspirar contra um dos cânones da reforma processual que foi exatamente o de “reprimir o abuso do direito de recorrer”.⁴¹

³⁸ Sob essa ótica, doutrina JJ Calmon de Passos, “a circunstância de estar o processo na fase recursal não é empecilho à pretensão da antecipação de tutela, eis que, como já se afirmou reiteradamente, antecipar a tutela constitui não antecipação de uma sentença, mas um adiantamento de atos executivos da tutela definitiva, que ainda se encontram reprimidos” in, **Inovações do Código de Processo Civil**, Forense, 1995, p. 21.

³⁹ Por todas as vezes abalizadas, ressoa a de Alcides Mendonça Lima, in **Comentários**, Forense, 1996.

⁴⁰ Giuseppe Tarzia informa que a recentíssima reforma italiana consagrou a execução imediata da sentença, ainda que provisória no seu conteúdo, como regra ao dispor no art. 272 do **Codice di Procedura Civile**: “*La sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti*”. in “O novo processo de cognição na Itália”, **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, v. 25, p. 389. Frederico Carpi também advertia para a aspiração moderna da execução completa com base em decisão ainda que provisória: “il potenziamento dell. esecutorietà provvisoria può essere assai utile nel perseguimento di quei fini di attuazione effettiva del precetto costituzionale del diritto di azione, che un moderno processo deve perseguire”. In **la provvisoria esecutorietà della sentenza**, Milano, Giuffrè, 1979, p. 147 e seg.

⁴¹ O saudoso mestre mineiro José Olympio de Castro Filho, na sua tese de cátedra advertia: “recorrer é um direito de que também se pode abusar, e de que amiúde se abusa largamente com prejuízos para uma das partes, que não pode descansar do incômodo da demanda, e para o Estado, cujos tribunais de grau superior cada dia vêem aumentar a influência dos recursos, a *grande maioria injustificável*” in **Abuso do direito no processo civil**, p. 142/143, Imprensa Oficial, BH, 1955).

Por fim, a possibilidade de concessão antecipatória nos Tribunais Superiores desestimula os recorrentes abusivos, que através de longa postergação do direito do vencedor, logram arrancar-lhe indesejáveis concessões, mercê da lesão causada pelo próprio tempo da satisfação judicial.⁴²

Reconhecida a antecipação como instrumento de efetividade da prestação judicial, técnica capaz de vencer a tão decantada morosidade da justiça que afronta os mais comezinhos direitos fundamentais da pessoa humana, nada mais apropriado que delegá-la aos Tribunais Superiores, os quais, mantendo a inteireza do direito nacional, logram carrear para o poder a que pertencem o prestígio necessário àqueles que, consoante às sagradas escrituras, têm o sumo sacerdócio de saciar os que têm sede e fome de justiça⁴³. ◆

⁴²Italo Andolina abordando o dano causado pela demora na satisfação de quem tem um direito reconhecido concluiu: “*Questo peculiare tipo di danno può essere indicato come “danno marginale in senso stretto”, oppure come danno marginale di induzione processuale, appunto in quanto esso è specificamente causato, e non soltanto genericamente occasionato dalla distensione temporale del processo*” in **Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale**, p. 20, Milano, Giuffrè, 1983.

⁴³Idêntica solução é possível entrever nas conclusões de Teori Zavaski, *in ob, cit*, p. 135, com expressa menção ao STF e ao STJ.

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

CRISTINA TEREZA GAULIA

Juíza de Direito TJ/RJ

I. INTRODUÇÃO

“O que é dar sentido? Para o sujeito que fala, é construir sítios de significância (delimitar domínios), é tornar possíveis gestos de interpretação” (in As Intercepções Telefônicas e os Direitos Fundamentais, Lenio Luiz Streck, citando Eni Puccinelli Orlandi).

O operador jurídico, categoria na qual estão incluídos os juízes, promotores, advogados, entre outros, está hoje submetido, em todos os seus momentos de atuação profissional, a um “pré-suposto” que nos parece essencial, como bem esclarece a palavra, a um juízo prévio antes da aplicação de qualquer lei ao caso concreto que se lhe apresenta.

Tal questão preliminar é a que diz respeito ao fortalecimento da cidadania.

Em um País como o Brasil, marcado fundamentalmente pela intensa desigualdade socioeconômica, e com um histórico de divisão da sociedade civil entre aqueles que são e os que não são, aqueles que conhecem e os que nada sabem, e aqueles que podem ter em detrimento dos que tudo perdem, não se pode mais conceber militantes do direito, estejam estes atuando onde estiveram, que de forma absolutamente divorciada da realidade que os circunda, atuem com a visão circunscrita à letra da lei.¹

¹ Sublinha TEPEDINO, Gustavo, no texto “O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa”, in **Problemas do Direito Civil Constitucional**, que “ao jurista do tempo presente há que se reservar missão mais nobre do que a de ser simplesmente o tabelião da história”. A feliz expressão é do italiano Stefano Rodotà que a utiliza no livro **Ideologia e techniche della riforma del diritto civile**, citada pelo Prof. Tepedino. E efetivamente se percebe atualmente uma tendência criadora do operador moderno do direito, principalmente do Juiz, que preocupado com a efetividade da Jurisdição não mais se deve apegar a formalismos legais incongruentes.

Como muito acuradamente pontua o conhecido geógrafo Milton Santos:

“O respeito ao indivíduo é a consagração da cidadania, pela qual uma lista de princípios gerais e abstratos se impõem como um corpo de direitos concretos e individualizados.

A cidadania é uma lei da sociedade que, sem distinção, atinge a todos e investe cada qual com a força de se ver respeitado contra a força bruta, em qualquer circunstância.

A cidadania, sem dúvida, se aprende. É assim que ela se torna um estado de espírito, enraizado na cultura. É, talvez, nesse sentido, que se costuma dizer que a liberdade não é uma dádiva, mas uma conquista, uma conquista a manter. Ameaçada por um cotidiano implacável, não basta à cidadania ser um estado de espírito ou uma declaração de intenções. Ela tem o seu corpo e os seus limites como uma situação social, jurídica e política. Para ser mantida pelas gerações sucessivas, para ter eficácia e ser fonte de direitos, ela deve se inscrever na própria letra das leis, mediante dispositivos institucionais que assegurem a fruição das prerrogativas pactuadas e, sempre que haja recusa, o direito de reclamar e ser ouvido.”²

Tais considerações são particularmente aplicáveis aos Membros do Poder Judiciário que, fora de dúvida, funciona hoje mais do que nunca, como a última chance de busca, pela maioria dos brasileiros, de respeito por seus direitos fundantes.

Ou seja, enquanto a missão dos Juízes foi em um determinado período histórico a mera composição do conflito de interesses interpessoais das partes no processo, o que possibilitava ao Julgador olhar somente para o que continham os autos (famoso o refrão de que “o que não está nos autos, não está no mundo do Juiz”), podiam aqueles enquadrar-se na estreita cir-

² SANTOS, MILTON. *O Espaço do Cidadão*, NOBEL, 5ª edição, p. 7/8. Pode-se aqui, sem sombra de dúvida concluir, que o geógrafo conhece o trabalho do italiano Mauro Cappelletti sobre “as três ondas de acesso à justiça”. No trabalho escrito com a cooperação do americano Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, tradução brasileira da Ministra Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Fabris Editor, 1988, Cappelletti refere que a primeira onda seria a necessária assistência judiciária gratuita; a segunda, a legitimidade de determinados organismos de representar em Juízo os interesses supraindividuais (difusos e coletivos), e a terceira onda seria a preocupação do jurista, mais especificamente do processualista, em descobrir os meios mais eficientes de garantir a efetiva prestação jurisdicional.

cunscrição do texto literal das leis, sem qualquer preocupação com o seu real conteúdo.

Julgava então o Juiz, solucionando meramente o conflito posto, sem correlacioná-lo com as possíveis repercussões de sua decisão no seio social.

Praticava-se (e ainda se pratica) a implementação diuturna da regra à qual se referiu o Prof. José Carlos Barbosa Moreira, em recente conferência proferida no simpósio “O Direito no Século XXI”, que se resume na

“onipotência da norma ou o mito do vale o que está escrito.”

Entretanto, é preciso demover o Juiz de antigas práticas totalmente inadequadas à prestação jurisdicional de resultados, fazendo-o ter olhos para a busca da eficácia de suas decisões não só no restrito âmbito interpartes, mas também como interventor ativo na realidade social.³

Esta redefinição da função do Juiz encontra âncoras na modernidade através de ensaístas como Nestor García Canclini, que escreve com extrema acuidade:

“... mais do que como valores abstratos, os direitos são importantes como algo que se constrói e muda em relação a práticas e discursos. A cidadania e os direitos não falam unicamente da estrutura formal de uma sociedade, além disso indicam o estado de luta pelo reconhecimento dos outros como sujeitos de ‘interesses válidos, valores pertinentes, e demandas legítimas’. Os direitos são reconceitualizados como ‘princípios reguladores de práticas sociais, definindo as regras da reciprocidade esperadas na vida em sociedade através da atribuição mutuamente consentida (e negociada) das

³ Através das decisões judiciais pode o Juiz efetivar mudanças práticas no atuar injusto de alguns agentes sociais que são recalitrantes em desrespeitar os direitos fundamentais assegurados pela Constituição federal ao cidadão. A respeito remetemos o leitor ao trabalho “Precatório, Tutela Antecipada e Crédito Alimentar”, do Professor e Desembargador Federal J. E. Carreira Alvim, na **Revista Juris Poesis** (Revista dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá, Ano 2, nº 3, 2000, p. 133 *et seq.*), onde o autor defende, com arguta propriedade, a possibilidade de seqüestro de renda de autarquia previdenciária que se recusa a cumprir determinação judicial antecipatória de concessão de benefício previdenciário, benefício de caráter alimentar, sem o qual o cidadão pode vir a morrer à míngua, sem prejuízo da prisão pelo descumprimento pessoal da ordem pelo agente. Sem dúvida que, se tais medidas fossem aplicadas pela maioria dos Magistrados, e não por uma minoria disposta a quebrar padrões conservadores, em pouco tempo o órgão previdenciário adotaria uma nova postura em relação aos seus beneficiários. Este o caráter pedagógico da Jurisdição que evidentemente muda o comportamento dos membros da sociedade.

obrigações e responsabilidades, garantias e prerrogativas de cada um'. Os direitos são concebidos como expressão de uma ordem estatal e como 'uma gramática civil'."⁴

Tal reconceitualização no contexto do processo, passa por uma renovação de leituras e exegeses das normas procedimentais, fazendo valer também com relação às regras de processo civil, os princípios constitucionais que viabilizarão a efetivação de um Estado Democrático de Direito.⁵

Desta forma é que se volta o direito para as pessoas, que são o núcleo mais importante do processo.

Resgata-se o cidadão por trás do papel, o conteúdo de dentro da forma, e a implementação justa do direito material da parte, redefinindo-se a forma como mero instrumento e não como fim.⁶

Não é mais possível negar o papel sócio-político dos Magistrados no mundo de hoje.

Como muito bem expressa a Juíza Flávia de Almeida Viveiros de Castro:

"... certas técnicas legislativas privilegiam disposições elásticas, flexíveis e esfumaçadas em seu conteúdo, as quais acabam por delegar ao juiz opções, que o legislador não pode ou não quer operar. Desta forma, o processo tende a se tornar um espaço importante de justiça distributiva.

A lei cessa de ser para o juiz a diretiva que ele se limita a seguir, sem qualquer possibilidade de adaptação. Ela não o constrange mais,

⁴ CACLINI, Néstor García. **Consumidores e Cidadãos – Conflitos multiculturais da Globalização**, Editora UFRJ, 3ª edição, Rio de Janeiro, 1997, p. 22/23, citando TELLES, Vera da Silva, "Sociedade Civil e a Construção de Espaços Públicos", in **Anos 90: Política e Sociedade no Brasil**. São Paulo, Editora Brasiliense, 1994, p. 91/92.

⁵ Da mesma forma como se fala em um direito civil-constitucional (expressão utilizada por MORAES, Maria Cellina Bodin de, na Conferência "Direito Civil Constitucional", proferida em maio/1999, na AMAERJ – Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, gravada em vídeo pelo CEPAD), é preciso sublinhar por igual a importância do direito processual civil de cunho constitucional, que seria aquele que reconduz a pessoa humana para o centro das atenções do Julgador. O processo deixa assim de ser mero acúmulo de papéis visando a concretização de formalidades, passando a ser o *locus* onde sobrelevam as situações existenciais conflituadas do cidadão-jurisdicionado.

⁶ Assim, DINAMARCO, Cândido R., **Instrumentalidade do Processo**, 2ª edição, RT, 1990, em que o Mestre revela logo de início que "é indispensável que também o intérprete fique imbuído desse novo "método de pensamento" e sejam os juízes capazes de dar ao seu instrumento de trabalho a dimensão que os tempos exigem" (p. 23).

eis que diante das normas pode o magistrado eleger aquela que considere mais adequada para a defesa dos interesses que julgar devam prevalecer e entre as interpretações possíveis se utiliza daquela que melhor compõe o caso concreto.

...
De oráculo que permitia que a lei falasse por sua boca, o juiz passa a intérprete da norma, depositário da tarefa de clarificar a relativa indeterminação do sentido da lei e do dever de aplicá-la conforme um ideal de Justiça.”⁷

Por conseguinte passa o Julgador a utilizar um processo de redescoberta dos conteúdos normativos da lei, *ex informata consciencia*, deixando de lado os ultrapassados rigores formalistas que levaram seus antecessores à decisões belíssimas, porém por vezes, inúteis ao cidadão que padecia as angústias e mazelas decorrentes do conflito.⁸

No âmbito do processo civil em vigor, é enorme a diferença entre o atuar modernizador de um Magistrado que compreende a definição de “processo civil de resultados”, e a atuação paralisante e procrastinatória dos que ainda sobrepõem a forma ao efetivo escopo da Jurisdição.

Citamos a respeito as precisas exemplificações do renomado processualista Cândido Dinamarco:

“Na jurisprudência brasileira recente, conhecem-se situações em que, independentemente de lei específica a consagrar certos princípios constitucionais do processo, têm eles sido lembrados e impostos em casos concretos mediante suas aplicações específicas. É o caso, v.g., da reiterada orientação no sentido de ser nulo o interrogatório do

⁷ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de, “O Papel Político do Poder Judiciário”, **Revista da EMERJ** – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 3, nº 11, 2000, p. 183 e 184.

⁸ A respeito veja-se o exemplo da decisão da I Turma Recursal do Rio de Janeiro no Recurso Inominado do Proc. nº 2001.700.000203-9, entre as partes Gelson Freitas Filho e outra e Lenilson Gonçalves Bonfim, em que fomos o Juiz Relator, no qual os devedores executados pretendiam a anulação de uma execução por título extrajudicial após três anos de tramitação do processo no XVII Juizado Especial Cível, sob o argumento de que não havia sido designada a audiência de conciliação a que se refere o art. 53 § 1º da Lei 9.099/95, muito embora tivessem tido não só prazo assegurado para o oferecimento dos embargos do devedor, como também o próprio devedor concordara em fazer com os mesmos um acordo no curso da execução, que afinal restou descumprido. A tentativa de procrastinar a execução foi pela Turma afastada, pois não é o ato da audiência que deve ser priorizado, mas as possibilidades que a audiência visa preservar: tentativa de conciliação e defesa através do meio próprio, que são os embargos do devedor.

*acusado sem a presença do defensor, por violação ao princípio constitucional da ampla defesa, ou de julgado que repeliu a aplicação rígida de regras do Código de Processo Civil sobre o valor da causa, porque a exagerada elevação deste para fins de adiantamento de custas representa inconstitucional entrave ao acesso à Justiça e violação ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (por análogo fundamento, a Corte constitucional italiana declarou inconstitucional a exigência de **cautio pro expensis**, que também viola a garantia constitucional da igualdade); ou, ainda, de vários posicionamentos em prol da abertura da **legitimatio ad causam**, seja para dar um elastério maior ao significado da locução ‘direito individual’, contida na garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional seja repudiando o individualismo da regra da legitimação individual.”⁹*

De acordo com tal ensinamento torna-se necessário reinterpretar velhas máximas clássicas do processo civil à luz das novas normas principiológicas, filhas diletas da Constituição Federal de 1988.

II. O PAPEL INOVADOR DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Ao surgir no cenário jurídico nacional a Lei 8.078/90, não podiam entrever seus idealizadores, o impacto que uma legislação avançada, modernizante e de caráter misto, pois que seu conteúdo é de ordem material e processual, viria a causar na ordem jurídica nacional, cujas raízes legais

⁹ Veja-se a respeito Decisão da I Turma Recursal do Rio de Janeiro no Recurso Inominado do Proc. 2000.700.0004291-9, entre as partes AMIL – Assistência Médica Internacional Ltda. e Jaqueline Quiroga Furtado, v.u., j. 24.08.2000, cuja ementa reza: “**PLANO DE SAÚDE – Contratação feita entre o fornecedor e o consumidor através de estipulante que vem a ser o empregador da autora – Legitimidade da autora em propor ação em face da ré por eventual descumprimento do contrato – Consumidor que por sofrer de modo imediato as conseqüências do inadimplemento contratual deve ser protegido também por regras processuais que lhe permitam obter o resultado prático de modo mais rápido e eficaz – Preliminar de ilegitimidade ativa bem afastada pela Sentença – Cônjuge de titular de plano regularmente inscrito como dependente, que é portador de enfermidade gravíssima que somente se mantém sob controle com uso de medicamento injetável de cuinho quimioterápico (leucemia mielóide) – Autora e dependente associados à empresa-ré há muitos anos e com pagamentos mantidos em dia ... – Cláusula de não cobertura de medicamentos para tratamento domiciliar que não é de ser interpretada **lato sensu** para excluir tratamento medicamentoso sem o qual a vida do associado doente se inviabiliza ... – Sentença que declara a obrigação da ré em continuar ministrando o tratamento, confirmando tutela antecipada e fixando indenização de 10 salários-mínimos pelo dano moral, que se confirma integralmente.”**

ainda se assentavam em legislações do século XIX (o Código Comercial de 1850 e o Código Civil que, muito embora tivesse vindo à lume em 1916, foi engendrado no final da era oitocentista).

O Código de Defesa do Consumidor surge para concretizar a busca da sociedade civil por um Judiciário mais integrado às suas reais e diárias necessidades.

É, como se disse, uma lei de princípios que visam ao fortalecimento dos valores inseridos, inclusive, no preâmbulo da Constituição de 1988, que estabelecem as bases de uma cidadania forte e garantida, onde a igualdade viceje real e não apenas vernacular, e onde as máximas - segurança, bem-estar, desenvolvimento, dignidade e justiça - sejam verdades usufruídas pela maioria, e não por uma minoria privilegiada.¹⁰

É que muito embora vários constitucionalistas de escol, como Canotilho e José Afonso da Silva, afirmem com convicção e inquestionável sabedoria, que não há normas sem eficácia no texto constitucional, não menos verdade que os operadores do direito em nosso País de um modo geral, e os Magistrados em particular, não estão familiarizados com o modo pelo qual se pode aplicar os macroprincípios fundamentais da Constituição ao conflito de interesses particularizado.¹¹

Era necessário por conseguinte (e ainda é, pois que longe estamos da efetivação plena de todas as normas constitucionais) que o legislador, através de alguns textos legais, criasse canal para que o operador do direito implementasse pouco a pouco a vontade da Lei Maior.

Destarte, ao lado do Código de Defesa do Consumidor, surgiram leis como o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei dos Juizados Especiais, entre outras.

¹⁰ Como ensina MARQUES, Cláudia Lima, comentando a nova teoria contratual no âmbito das relações de consumo, in **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, RT, 3ª edição, 1999, “haverá um “intervencionismo” cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, o princípio da boa-fé objetiva. É o contrato, como instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas, assim como o direito de propriedade, agora limitado e eficazmente regulado para que alcance a sua função social”, p. 102.

Caso não surgissem no cenário jurídico nacional, leis infraconstitucionais, cuja máxima fossem os direitos fundamentais do indivíduo, com o deslocamento da ótica patrimonialista para um plano em que se volta a colocar o ser humano no centro das atenções, continuaria a Carta de 88 a ser mera compilação de boas intenções.

¹¹ Ver SILVA, José Afonso da, **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, Malheiros Editores, 3ª edição, 1999, em que o professor português é reiteradamente referido.

A lei que se guia, por princípios, como é o caso da Lei 8.078/90, permite uma ampliação muito maior do horizonte decisório do Juiz, do que o texto legal que prevê hipóteses positivadas e elencadas *numerus clausus*.¹²

Os conteúdos principiológicos não se esvaziam com o tempo, mas requerem constantes suplementações, uma vez que são textos em aberto a serem concretizados pelo Juiz diante das hipóteses ricas e sempre novas que a realidade traz para dentro do processo.

O CDC instaura a era do macroprocesso, projeto de caminhada também abraçado pelos mentores da reforma do CPC, iniciada em 1994, na feliz expressão usada pela processualista Sérgio Bermudes, e repetida pelo Defensor Público José Augusto Garcia, salientando ambos os juristas, que a transcendência é a característica primacial deste processo que, ciente e consciente de sua relevância social busca ser “instrumento de pacificação”, não só porque resolve com efetividade o conflito, escopo imediato da jurisdição, mas também porque de forma mediata serve de “método pedagógico, pois através dele o Estado vai ensinando os jurisdicionados a cumprir o direito.”¹³

O processo, portanto, nesta acepção maior, abrange a finalidade de transformação do núcleo social, de modo que, a longo prazo, o conflito individual não mais chegue ao Judiciário, pois que todas as partes, que potencialmente nele poderiam se ver envolvidas, já estão aptas a se comportar de modo a evitar aquele conflito, ou negociar a solução *de per se* sem a interferência do Judiciário, caso o conflito se efetive.¹⁴

¹² Assim TEPEDINO, Gustavo, aprofundando a referência aos sistemas abertos nos quais “os princípios funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural, e de outro, a Constituição e a legislação infraconstitucional”, *op. cit.*, p. 13/14.

¹³ Ver GARCIA, José Augusto, “O Princípio da Dimensão Coletiva das Relações de Consumo: Reflexos no Processo do Consumidor, na **Revista de Direito do Consumidor**, RT, v. 28, out/dez-98, p. 89, especificamente quanto aos escopos do processo civil moderno refletidos nos comentários de Sérgio Bermudes, in **Introdução ao processo civil**, 2ª edição, Forense, 1996, p. 72.

¹⁴ Sobre a importância da conciliação como instrumento de RAD – Resolução Alternativa de Disputas, citamos referência do desembargador Antônio Carlos Viana em entrevista concedida em junho/julho-1995 ao jornal **Tribuna da Magistratura**, em que refere “... a conciliação pacífica. Se as causas, que deram motivo ao entrevero, não forem eliminadas, o desatendimento e o amargor de um para com o outro continuam. É até melhor do que uma sentença, porque por melhor que o Juiz tenha dado a sentença tecnicamente de forma adequada, ela vai descontentar a parte que perdeu, e, às vezes, descontenta as duas. A conciliação é a melhor forma não só de simplificação, como também de se levar a paz e até chegar a uma ordem pública num País atualmente tão sofrido, moral e economicamente”, citação feita na **Revista dos Juizados Especiais do TJRS**, v. 20, ago/1997, p. 30.

É claro que, como a sociedade é dinâmica, novos conflitos sempre eclodirão, por isso é necessário que o Judiciário implemente, cada vez mais, ao lado da função de distribuição do direito concreto, sua função preventivo-pedagógica.

Neste contexto, o Código de Defesa do Consumidor abre diante do Juiz cenário novo e impulsionador.

Estamos vivendo através do sistema de princípios do Código de Defesa do Consumidor “uma verdadeira revolução”.

“Sem terror, ou cabeças rolando, produziu-se um diploma extremamente avançado ... que arrebatou e transcende”, como bem expõe o Defensor Público José Augusto Garcia.¹⁵

E não é outro o entendimento do Des. Sérgio Cavalieri Filho que em mui divulgado ensaio sobre a responsabilidade do incorporador/construtor no Código do Consumidor, ensina:

“Tenho sustentado que o Código do Consumidor criou uma sobreestrutura jurídica multidisciplinar, normas de sobredireito aplicáveis em todos os ramos do Direito-público ou privado, material ou processual – onde ocorrem relações de consumo.

Usando de uma figura, costume dizer que o Código fez um corte horizontal em toda a extensão da ordem jurídica existente, levantou o seu tampão e espargiu a sua disciplina por todas as áreas do Direito, colorindo-as com as suas tintas. Dessa forma, os institutos e contratos continuam regidos pelas normas e princípios que lhes são próprios, mas sempre que gerarem relações de consumo, ficam também sujeitos à disciplina do Código de Defesa do Consumidor.”¹⁶

Em função da corretíssima lição do Des. Sérgio Cavalieri Filho segue-se a necessária conclusão de que, tanto as regras de cunho material como aquelas de natureza processual, insculpidas no CDC, devem ser interpretadas dentro da linha principiológica que são a nota diferencial do estatuto consumerista, sob pena de pecarem os operadores do direito pela incongruência.

¹⁵ GARCIA, José Augusto, *op. cit.*, p. 68.

¹⁶ CAVALIERI Fº, Sergio, in “A Responsabilidade do incorporador/construtor no Código de Defesa do Consumidor”, **Revista A Juris**, Edição Especial referente ao IV Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, 1998, p. 431.

Começa desta forma o processo de reconceitualização dos institutos, a que nos referimos acima.

III. O ÔNUS DA PROVA E SUA INVERSÃO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PROCESSUAIS DE CONSUMO

Em função da estreiteza deste ensaio, voltamos o foco de nossa atenção para a questão da prova dentro do CDC, e mais precisamente, para o princípio da inversão do seu ônus na relação processual de consumo.

Sublinhe-se, para que não parem dúvidas nos espíritos dos mais cautelosos intérpretes: a regra insculpida no inciso VIII do art. 6º da Lei 8.078/90, referente à inversão do *onus probandi* é regra processual.¹⁷

Desse modo é inegável que tal norma também tenha sido “colorida com as tintas” diferenciais que a Lei 8.078/90 espargiu sobre os institutos jurídicos, sempre que estiverem ligados às relações de consumo.

Ou seja, no âmbito das relações de consumo, sempre que em função destas surgir um litígio que dependa de composição judicial, a prova deve estar subsumida aos princípios que informam o sistema consumerista.

Classicamente, segundo regra consagrada na legislação processual, o ônus da prova compete ao autor “quanto ao fato constitutivo do seu direito”, cabendo ao réu, tão só a prova da “existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (art. 333, I e II do CPC).

Ou seja, tradicionalmente, o réu tem posição mais cômoda no âmbito do processo.

Como bem ensina o Prof. José Eduardo Carreira Alvim, reportando-se à Calamandreï, *verbis*:

“Não tanto, pois, o interesse, mas o ônus é que é preciso considerar: o ônus da afirmação e da prova. Para o réu isto acontece somente quando o ‘não afirmar’ e ‘não provar’ lhe traria prejuízo; mas só acontece quando o autor haja provado nos autos os fatos idôneos para constituir o direito que reclama, de forma que o juiz deveria agora acolher a sua demanda, se o adversário não afirmar e provar fatos que obstruam o acolhimento. Enquanto tal não aconteça, o réu pode limitar-se a negar pura e simplesmente, mesmo no caso de

¹⁷ Sobre ônus da prova confirmam-se os ensinamentos de CÂMARA, Alexandre Freitas, nas **Lições de Direito Processual Civil**, 2ª edição, v. I, Lumen Juris, p. 344/352.

negação indireta, ou seja, um fato incompatível com aquele afirmado pelo autor (negatio per positionem); ele não tem, por enquanto, a necessidade de provar o fato que afirma, porque sua afirmação é feita só para negar a existência do fato deduzido pelo autor como fundamento de sua demanda”¹⁸

Ao estabelecer o Codecon no art. 6º, inciso VIII, que:

“São direitos básicos do consumidor:

...

a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”

Fez a lei, como bem refere o já mencionado jurista Sérgio Cavalieri Filho, “uma verdadeira revolução”, deixando de lado o princípio tradicional relativo ao ônus da prova e criando uma regra nova e diferenciada para as lides de consumo.

É que certamente não haveria sentido algum, se o Código, firmasse, como firmou, nos arts. 4º e 6º, os princípios que regem as relações consumeristas sob o aspecto normativo, trazendo grandes e auspiciosas inovações no campo do direito material, como os princípios da transparência máxima, da vulnerabilidade do consumidor, da efetiva proteção de seus interesses, da boa-fé objetiva, com os consectários direitos à proteção, educação, informação, modificação de cláusulas abusivas ou enganosas, se não fixasse, por igual, princípios que viabilizassem a efetivação processual daqueles outros.

Eis aqui como se perfaz o processo civil de resultados, um processo que instrumentaliza de forma eficiente os direitos subjetivos que a lei preconiza.¹⁹

¹⁸ CARREIRA ALVIM, José Eduardo, **Elementos de teoria geral do processo**, 7ª edição, Forense, 2000, p. 234.

¹⁹ Transcrevemos: “o processo é miniatura do Estado democrático (ou “microcosmos do Estado de direito”), por ser construído em clima de liberdade e com abertura para a participação efetiva de seus sujeitos, os quais são tratados segundo as regras da isonomia” de acordo com as conclusões de DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 446.

Por conseguinte, indiscutível que o princípio da inversão do ônus da prova é, no *locus* processual consumerista, princípio de defesa primário, cabendo ressaltar que, sem que este princípio se implemente não têm os consumidores qualquer chance frente aos fornecedores de produtos e/ou serviços.²⁰

O consumidor é vulnerável e essa fragilidade reconhecida pela lei, importa em constante e inafastável, salvo em hipóteses excepcionais, hipossuficiência econômica, informativa ou técnica.

Ou seja, o consumidor ou é economicamente carente e não tem como afirmar seus direitos frente aos fornecedores, ou carece de informações a respeito do que está a consumir, ou, mesmo possuindo as informações não as compreende, pois lhe são tecnicamente incompreensíveis.

Pretendeu, por conseguinte, a lei, criar com a regra do inciso VIII, um direito subjetivo do consumidor (mais um dentre outros tantos que pelo digesto de proteção ao consumidor se espalham).

Dessa forma é de se concluir que não está o Juiz obrigado a avisar ou alertar a parte contrária para a inversão do *onus probandi*, se a lide versar sobre relação de consumo.

Relembre-se que a prova é feita para que o Juiz conheça o conflito e possa chegar à conclusão mais justa, que, como se viu alhures, há de lastrear-se na vida real do jurisdicionado.

E aqui é importante observar que apesar de estabelecer o Código de Processo Civil que o ônus da prova incumbe ao autor, conforme se referiu acima, em nenhum momento, no curso do procedimento regido pelo CPC, isto é mencionado, ou seja, nem ao despachar a inicial, nem no saneador, nem na audiência, o Juiz informa:

“defiro as provas pleiteadas sendo que na forma do art. 333, I, do CPC o ônus da prova incumbirá ao autor.”

Se o Juiz não faz isso no cível, é porque nenhum operador do direito desconhece tal fato.

²⁰Sem a inversão do ônus da prova de ofício pelo Juiz, quando a parte vem desacompanhada de advogado ao processo, no rito da Lei nº 9.099/95 (nas causas até 20 salários-mínimos - art. 9º), não há a implementação da garantia constitucional da ampla defesa, cuja dimensão ou existência o leigo desconhece.

Por esse motivo entendemos que no âmbito de qualquer processo, que envolva relação de consumo, seja na Justiça Comum, seja na Especial, não é necessário que o Magistrado alerte as partes, em qualquer momento, que se aplica ao procedimento a regra legal da inversão do ônus da prova.

Estando pois o Juiz ante um conflito que tenha fincas em uma relação de consumo, deve inverter o ônus da prova, sem necessidade de aviso prévio, pois que tal inversão é direito subjetivo do autor.

A lei não é mais tão nova, e os Juízes não têm, como parcela de seu múnus, a obrigação de ensiná-la aos operadores do direito que atuam no processo. Assim, os fornecedores de produtos e serviços têm a obrigação de saber que, assim como agora respondem objetivamente pelos fatos ou vícios dos produtos e serviços que põem no mercado de consumo, assim como está vedada a propaganda enganosa ou abusiva, assim como a oferta se tornou vinculante, quando acionados em Juízo deverão de pronto municiar-se com as provas necessárias e demonstrar aquelas excludentes de responsabilidade que o CDC admite (culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, ou que não colocou o produto no mercado, ou ainda, que os defeitos do produto ou serviço não existem).

É verdade que o inciso VIII do art. 6º do CDC menciona que fica *a critério do Juiz* a inversão do ônus da prova, ou seja, o Juiz poderá inverter o *onus probandi* ou não, de acordo com suas pessoais convicções a respeito da verossimilhança das alegações do consumidor ou de sua hipossuficiência.

A esse respeito, lembramos no entanto que, quando se fala em direito subjetivo da parte, como aqui é o caso, a jurisprudência tem entendido que, em verdade, o “a critério do juiz”, que corresponde ao “poderá” inserido em outros dispositivos legais, há de ser interpretado como “deverá”, principalmente em sede consumerista onde as normas são de ordem pública e, por conseguinte, de aplicação obrigatória.

Assim, lembre-se por exemplo que, no caso da concessão de liberdade provisória ao réu preso em flagrante, muito embora o art. 310 do Código de Processo Penal utilize a palavra “poderá”, ao referir a possibilidade de o Juiz conceder ao réu o benefício nas hipóteses que menciona, já de muito é unânime a jurisprudência dos Tribunais no sentido de que “não é somente uma faculdade do juiz conceder a liberdade provisória” caracterizando-se em “coação ilegal” a decisão judicial que a nega uma vez presentes seus requisitos.²¹

²¹ Veja-se JESUS, Damásio E. de, *Código de Processo Penal Anotado*, Saraiva, 10ª edição, 1993, comentários ao art. 310 CPP.

O mesmo ocorre no que tange a concessão de fiança, muito embora o art. 322 do CPP também utilize a expressão “poderá”. A esse respeito o STF já estabeleceu que a fiança é “direito do réu e não faculdade judicial, se presentes os seus requisitos”.²²

Recentemente o mesmo posicionamento têm tido a doutrina e a jurisprudência no tocante ao instituto da suspensão condicional do processo, afeto à Lei nº 9.099/95, previsto em seu art. 89, que fixa:

“Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos desde que o acusado não esteja sendo condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77 Código Penal).”²³

E é esse exatamente o entendimento tocante a vários outros dispositivos legais que, mormente deixem, do ponto de vista literal, uma opção ao Juiz, pretendem, em verdade, concretizar um direito da parte, e, por conseguinte, obrigam o Juiz, caso os pressupostos de tal direito estejam presentes.

Desse modo, se o Código de Defesa do Consumidor estabelece ser a inversão do ônus da prova, um direito do consumidor (frise-se que os outros dispositivos trazidos à guisa de exemplos, não o fazem), e se a Lei 8.078/90, estabeleceu que o consumidor é vulnerável sempre que envolvido em uma relação de consumo, e, por derradeiro, se a lei em questão veio à lume para proteger o consumidor, não podem restar dúvidas de que, o Julgador tem o dever de inverter o ônus da prova no processo, presentes seus requisitos, independente de prévio alerta ao réu, que há de trazer aos autos as provas necessárias para ilidir sua responsabilidade objetiva, o que é mais um dever que a nova lei lhe impõe.

Desse modo, *data venia* de doutos posicionamentos em contrário, o consumidor, quando em Juízo, tem automaticamente garantida a modifica-

²²idem, ibidem, comentários ao art. 322 CPP.

²³Confira-se a respeito o ensinamento de BATISTA, Wêber Martins, no livro **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal**, que preleciona: “...se o autor do fato praticou crime punido com pena mínima não maior de um ano e, por outro lado, satisfaz os pressupostos mencionados no art. 89 da Lei nº 9.099/95, tem ele *direito* à suspensão condicional do processo. Como a concessão desta não fica na dependência da iniciativa exclusiva de ninguém, ainda quando o Ministério Público ou o ofendido não a proponha, *deverá* o juiz concedê-la.”

ção do encargo probatório a seu favor, militando por igual em seu prol a presunção de verossimilhança das alegações e hipossuficiência.²⁴

O entendimento contrário, vem ao arrepio dos princípios informativos do sistema de proteção ao consumidor inaugurado pela Lei 8.078/90, além de afrontar o moderno processo civil de resultados, vez que de há muito se conhece a dificuldade em provar fatos relativos ao consumo de produtos ou serviços.

Convém ainda transcrever a lição da ilustre Promotora de Justiça paulista Cecília Matos:

“A prova destina-se a formar a convicção do julgador, que pode estabelecer com o objeto do conhecimento uma relação de certeza ou de dúvida. Diante das dificuldades próprias da reconstrução histórica, contenta-se o magistrado em alcançar não a verdade absoluta, mas a probabilidade máxima; a dúvida conduziria o julgador ao estado de non liquet, caso não fosse elaborada uma teoria de distribuição do ônus da prova. Conceituado como risco que recai sobre a parte por não apresentar prova que lhe favorece, as normas de distribuição do ônus da prova são regras de julgamento utilizadas para afastar a dúvida. Neste enfoque, a Lei nº 8.078/90 prevê a facilitação da defesa do consumidor através da inversão do ônus da prova, adequando-se o processo à universalidade da jurisdição, na medida em que o modelo tradicional mostrou-se inadequado às sociedades de massa, obstando o acesso à ordem jurídica efetiva e justa.”²⁵

²⁴ Um contraponto eloqüente ao posicionamento exposto é revelado pelo Magistrado carioca Rogério de Oliveira Souza quando o mesmo expressa: “O art. 4º, inc. I do Código de Defesa do Consumidor, estatui que um dos princípios reitores da “política nacional das relações de consumo” é o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. Logo, se o consumidor por suas condições intrínsecas (sociais, econômicas e jurídicas) não se apresenta como “vulnerável”, não há de receber o beneplácito legislativo da comodidade probatória ... A situação se revelaria extremamente injusta e irracional, segundo o próprio sistema estabelecido pela lei, posto que transformaria o processo em encargo extremamente penoso para o próprio fornecedor, em afronta aos próprios princípios estabelecidos no art. 4º do CDC.” Texto “Da inversão do ônus da prova”, **Revista da AMAERJ** – Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, dez/2000.

²⁵ MATOS, Cecília, *in* **Código de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, Forense Universitária, texto transcrito da monografia “O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor”, dissertação de mestrado da professora junto à Universidade de São Paulo, que é citado por FILOMENO, José Geraldo Brito, nos seus comentários ao inciso VIII do art. 6º no livro acima referido, p. 129.

Se pretende o Juiz estar adequado ao seu tempo e às novas e constantes demandas do cidadão, e se entende seu papel inovador e transformador da realidade social, deve ter por certo seu compromisso com os cânones da Lei 8.078/90. O entendimento de que necessário o aviso prévio sobre a inversão, nas palavras argutas do já referido José Augusto Garcia, “emascularia por completo a inversão probatória” e “alcançaria o prodígio de, em muitos casos, comparativamente ao regime processual anterior, piorar a situação do consumidor.”

IV. CONCLUSÃO

Se o escopo da Jurisdição é a pacificação de conflitos de interesses, e se a paz só se perfaz com uma composição justa dos interesses conflitantes, não basta mais ao Juiz cível buscar tão só a verdade formal.

É preciso chegar o Julgador o mais próximo à verdade real que lhe for possível.

Uma decisão dissociada da realidade, no cível, pode ter dramáticas conseqüências, tanto quanto no processo penal, posto que há vida nas páginas de um processo.

Ocorre que, diante da inegável desigualdade de forças econômicas e sociais, o teatro processual termina por ser um conto de ficção quando o Juiz não se propõe a descobrir o que ocorreu na coxia.

Para que a descoberta de tal realidade, muitas vezes dramática, se revele, é preciso aposentar algumas tradições.

A Lei 8.078/90 ousou fazê-lo, e quando surge o novo é sempre muito comum que as correntes conservadoras vejam nele, não o instrumento de desenvolvimento e progresso, mas uma fonte de destruição do *status quo*.

O operador do direito sintonizado com o momento de mudança pelo qual inegavelmente passam as relações jurídicas, precisa estar ciente de que estas mudanças chegaram também ao “mundo do processo” e que este, doravante, não pode mais ser um mundo à parte, paralelo ao real.

Como leciona com propriedade Cândido R. Dinamarco:

“O processo, sendo espelho do Estado em que vive, no Estado de direito contemporâneo de cunho social, há de ser também marcado pela legalidade e dotado de meios que assegurem a liberdade, a igualdade dos litigantes.”

...

*O atraso do processo, com relação às conquistas sociais e políticas da humanidade e da nação (e mesmo com referência ao espírito do direito substancial, evoluído a partir dessas conquistas) deve-se em parte ao preconceito consistente em considerá-lo como mero instrumento técnico, ou considerar o direito processual como ciência neutra.*²⁶

Destarte, se a mudança surge na hipótese, não mais através da doutrina ou da jurisprudência, como soe ocorrer via de regra, mas pela lei, uma lei também de cunho inegavelmente processual, não há como tentar afastar o intérprete a intenção do legislador, mantendo uma versão tradicional para um leque de interpretações que a própria lei recontextualizou.

O Codecon visa a proteção do consumidor e, assim, traz normas processuais que garantem ao mesmo tal desiderato.

Assim sendo, em qualquer processo onde se esteja discutindo conflito resultante de relação de consumo, o Juiz deverá sempre, inclusive de ofício, pois a lei revela no art. 1º ser de ordem pública, sem qualquer requerimento da parte, inverter o ônus da prova a favor do consumidor.

Se posteriormente, ao final da instrução, o Magistrado concluir que o consumidor não tem razão, deverá julgar improcedente o pedido.

A lei não estabeleceu que o Juiz deve sempre julgar favoravelmente ao consumidor demandante, mas tão só de acordo com a filosofia de proteção à parte mais frágil na relação de consumo que implantou, que o ônus da prova deve ser invertido em favor deste.

De qualquer forma, é preciso que se esclareça que ao consumidor sempre competirá provar os danos que alega ter sofrido, bem como demonstrar o nexo de causalidade entre o fato danoso e o dano cuja composição está a pretender.

A prova que compete ao fornecedor fazer é aquela que diz respeito ao fato danoso em si.

Nas relações de consumo tem ficado claro que o fornecedor retém não só os documentos relativos ao contrato de fornecimento de produtos e serviços, como também todas as informações complementares que não chegam ao consumidor.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 446.

Exemplo típico e que gerou enorme controvérsia antes da vigência do CDC, eram as ações que versavam sobre possíveis erros médicos praticados em centros cirúrgicos por equipes médicas de hospitais públicos ou privados.

Como esclarece o Ministro do STJ Ruy Rosado de Aguiar Junior:

“São consideráveis as dificuldades para a produção da prova da culpa. Em primeiro lugar, porque os fatos se desenrolam normalmente em ambientes reservados, seja no consultório ou na sala cirúrgica; o paciente, além das dificuldades em que está pelas condições próprias da doença, é um leigo que pouco ou nada entende dos procedimentos a que é submetido, sem conhecimentos para avaliar causa e efeito, sequer compreendendo o significado dos termos técnicos; a perícia é imprescindível, na maioria das vezes, e sempre efetuada por quem é colega do imputado causador do dano, o que dificulta e na maioria das vezes impede a isenção e a imparcialidade. É preciso superá-las, porém, com determinação, especialmente quando atuar o corporativismo.”²⁷

Diante disso, forçoso é concluir que a distribuição do ônus da prova no processo civil é fator determinante da justiça ou injustiça das decisões jurisdicionais em um grande número de casos, mormente naqueles em que há indubitavelmente a fragilidade maior de uma das partes em face da outra.

De qualquer modo é prudente observar que a busca da prestação jurisdicional justa não deve cair na outorga paternalista de decisões sempre favoráveis ao consumidor para que não se instale a “ditadura do consumidor”.

Tal cuidado compete sempre ao Magistrado, independentemente dos mecanismos legais que lhe são disponibilizados.

Como arrematam os autores do excelente **Teoria Geral do Processo**:

²⁷ AGUIAR JR., Ruy Rosado de, *in* artigo publicado na **Revista dos Tribunais**, ano 84, ago/95, v. 718. P. 33/53 intitulado “Responsabilidade civil do Médico”. Neste texto expõe o eminente Ministro do STJ, a imperiosa necessidade de, mesmo quando a ação de responsabilidade civil é proposta em face do médico individualmente considerado, e levando em conta o chamado “princípio da carga dinâmica da prova”, imputar-se o *onus probandi* ao médico e/ou ao hospital, sob pena de graves injustiças.

“O sistema de persuasão racional é o acolhido em nosso direito que o consagra através do art. 131 do CPC (“o juiz apreciará livremente a prova atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão os motivos que lhe formaram o convencimento”), a cuja orientação se deve cingir a interpretação da regra contida no art. 157 do CPP (“o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova”).²⁸

De nada adiantará um novo direito pátrio cobrindo com seu manto de proteção os consumidores, se esse direito não encontrar caminhos processuais que lhe determinem eficácia no momento em que surge o conflito.

A inversão do ônus da prova a favor do consumidor é este mecanismo implementador de mudança.²⁹ ◆

²⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, **Teoria Geral do Processo**, 3ª edição, RT, p. 319.

²⁹ O tema desenvolvido neste trabalho veio sendo trabalhado por nós, fática e concretamente, nas Decisões que prolatamos em Sentenças junto ao I Juizado Especial Cível da Comarca do Rio de Janeiro e, posteriormente, nos votos como Relator junto à I Turma Recursal do Rio de Janeiro. A idéia que desenvolvemos acima, foi levada à discussão plenária por ocasião do II Encontro de Juízes de Juizados Especiais Cíveis e Turmas Recursais, organizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de 24 a 26 de novembro próximo passado. Das discussões levadas a efeito sobre o tema foi aprovado, por unanimidade, o Enunciado nº 9, do seguinte teor: “A inversão do ônus da prova nas relações de consumo é direito do consumidor (art. 6º, caput, CDC), não sendo necessário que o Juiz advirta o fornecedor de tal inversão, devendo este comparecer à audiência munido, desde logo, de todas as provas com que pretenda demonstrar a exclusão de sua responsabilidade objetiva.” (DORJ 1º/12/2000, Parte III). Anote-se ainda, a título de conclusão, que a temática acima trabalhada, a qual indica a absoluta desnecessidade de advertir o Juiz à parte contrária no processo, de que irá inverter o *onus probandi* a favor do consumidor, é aplicável a todos os procedimentos que envolvam relação de consumo, onde estiverem tramitando, não se excluindo portanto, as ações interpostas em Varas Cíveis, e nem tampouco as coletivas.

DEVER JUDICIAL DE ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO À PRETENSÃO DEDUZIDA EM JUÍZO

CRISTINA GUTIÉRREZ

Juíza de Direito TJ/RJ

Constitui poder-dever do magistrado, sempre que não houver prejuízo às partes, adequar o procedimento à pretensão deduzida em Juízo, em observância aos princípios da efetividade, economia e acesso à jurisdição, o que mais se evidencia nos remédios heróicos estabelecidos na Constituição, como o mandado de segurança.

O ajuizamento do mandado de segurança, quando a verificação do alegado direito “líquido e certo” demanda dilação probatória, tem conduzido os julgadores a extinguirem o processo sem julgamento do mérito, apoiando-se no disposto no art. 267, IV, do Código de Processo Civil e art. 8º, da Lei 1533/51, ressaltando, ao impetrante, o acesso às vias ordinárias.

Será que tal entendimento ortodoxo, usualmente adotado por nós julgadores, está em consonância com os princípios constitucionais, entre eles o denominado direito à ordem jurídica justa de que falam os modernos processualistas?

Será que atende aos reclamos do efetivo acesso à jurisdição, assegurado no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal?

E do direito à duração razoável do processo e os meios que garantam a sua celeridade, como se promete na futura reforma do Poder Judiciário?

A relevância de tema tão empolgante – conversão do rito erroneamente utilizado – já fora tratado pela doutrina e jurisprudência, sob a égide da ordem jurídica anterior.

Trata-se da aplicação do **princípio do aproveitamento dos atos processuais** que se extrai do disposto no art. 250 e seu parágrafo único, do Código de Processo Civil, que ora se transcreve:

“Art. 250. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quando possível as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa”.

Não se pretende com isso defender a tese da fungibilidade do rito processual, com a qual não se comunga, sem embargo das opiniões em contrário.

Há que se distinguir entre a pretendida adoção da disponibilidade do rito processual e a validade do “processo”. Aquela inadmissível, quer para as partes, quer para o magistrado, por se tratar de interesse público, sobre o qual não se pode transigir. Esta última aplicável, adotando-se o princípio do aproveitamento dos atos processuais decorrente do art. 250 do Código de Processo Civil.

Tal distinção ficou consagrada, em 1981, no VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada (ENTA), quando se aprovou, por 15 votos a favor, 1 contra e 2 abstenções, a tese do emérito processualista, então relator, Adroaldo Fabrício, conclusivamente, nos seguintes termos:

“a) inexistente para as partes ou para o Juiz, a faculdade de substituir o procedimento sumaríssimo pelo ordinário, submetendo a causa a este quando a lei prescreve aquele;

b) contudo, a errônea do rito não conduz à invalidade do processo, devendo-se aproveitar todos os atos realizados;

c) relativamente aos atos processuais ainda não consumados no momento em que se constata a inadequação do rito, deve ser o procedimento sumaríssimo adotado, nada importando o estágio de andamento e o grau de jurisdição em que se encontra o feito”.

Extraem-se do referido voto do professor Adroaldo Furtado Fabrício as seguintes lições:

“... Não me filio à idéia da fungibilidade do rito, exatamente porque a minha ótica é outra. Não porque propriamente eu parta daquela idéia contra a qual teriam algumas restrições de todas as formas

processuais. Não propriamente por isso, mas porque o procedimento hoje, no processo eminentemente publicístico, atende sobretudo interesses de ordem pública, não sendo instituído para favorecer, para beneficiar as partes ou uma delas. Não foi em contemplação da comodidade das partes ou de uma delas que se instituiu no nosso caso mais específico, um procedimento abreviado, acelerado, com supressão de atos a que se dá o nome sumaríssimo, embora ele não chegue sequer a ser sumário, pelo menos substancialmente.

O interesse aí envolvido, parece-me ser, sobretudo, um interesse estatal em extrair da função jurisdicional, do trabalho jurisdicional, um rendimento maior.

...

O que a lei tem em mente é isto: obter maior operacionalidade, maior rendimento, maior celeridade na entrega da prestação jurisdicional. E esse interesse é indiscutivelmente público.

Portanto o procedimento, ou rito, ou a forma do processo, como queiram dizer, não é objeto possível de convenção das partes, de transigência, de renúncia pelas partes.

....

Não extraio, entretanto dessa recusa à preferibilidade ou à conversibilidade do rito, a consequência rigorosa que alguns extraem, de dar pela nulidade de todo o processo que tenha se submetido à forma errônea. Parece-me que o processo vale, porque devemos ter presente outros critérios que são os próprios princípios inspiradores das normas processuais em matéria de nulidades, especialmente os princípios contidos nos arts. 244, 245 e 250 do CPC. Princípios estes, em última análise, de aproveitabilidade dos atos da conversão. O que se tem de fazer, diante de um processo que se submeteu à forma inadequada, é verificar o que é aproveitável dentro daquilo que já se processou e o que pode ser aproveitado. Despreza-se o inaproveitável, com as eventuais repetições que se façam necessárias, aproveita-se aquilo que se possa enquadrar, que se possa encaixar no rito adequado.

....

A qualquer momento, porém, no meu modo de ver, em que a impropriedade seja detectada, seja constatada, cabe ao Juiz, de qualquer grau de jurisdição proceder à adaptação.

A adaptação não atingirá senão os atos futuros, os atos ainda não realizados, ainda não alcançados pela preclusão.

Adotar a forma correta, adotar a forma adequada, prescrita em lei, é possível, até mesmo, como destaquei, em segundo grau de jurisdição.

Não é, pois, irrelevante a conversão, ainda que tardia, do procedimento adotado.”

Transcreve-se, outrossim, do VI ENTA, a intervenção do mestre Humberto Theodoro Júnior, atribuindo ao magistrado o dever legal de conversão do rito:

“...Como entender, pois, que a parte, na sua conveniência pessoal, possa dispor de um rito, de um procedimento, que não foi criado para ela, mas sim para a atuação de uma função soberana do Estado? Daí a inaceitabilidade de qualquer tese que defenda a livre disponibilidade ou a fungibilidade de procedimentos e ritos.

Saber se a violação de um rito acarreta nulidade já é um problema que se insere na estrutura das nulidades, não na disponibilidade dos ritos. Por isso dou o meu inteiro aplauso, minha inteira aprovação à tese do juiz Adroaldo Fabrício, que foi muito feliz no seu posicionamento. A impropriedade do rito não conduz à nulidade, porque a violação da forma do processo não conduz àquela nulidade. Mas o Juiz, o Tribunal, ao detetarem a impropriedade têm o dever legal de fazer a adaptação que será feita com o aproveitamento daquilo que não lesou a parte, que é aproveitável.”

O mestre uruguaio Eduardo Couture, em sua célebre obra **Introdução ao Estudo do Processo Civil** (tradução de Mozart Victor Russomano, 3ª ed., Rio de Janeiro, José Kofino, Editor, 1951, p. 68), já destacava o caráter efetivo do processo e a sua finalidade pública e privada:

“...Esse fim é privado e público ao mesmo tempo.

É privado, no que diz respeito às próprias partes, por ter feito cessar o conflito. Ao autor assegura a efetividade de seu direito, quando sua pretensão é justa: ao réu assegura a improcedência da ação, quando a oposição é justa.

*Ao lado dêsse interêsse privado, todavia, o processo tem uma finalidade que interessa à comunidade. Essa finalidade de caráter público consiste em garantir a efetividade integral do direito. O processo é um instrumento de produção jurídica e uma forma incessante de realização do Direito. Este se realiza, positivamente, nas sentenças judiciais e a elas se chega mediante o processo. Êste, como se tem dito mantém a **lex continuitatis** do direito”....*

Inadmissível, na processualística moderna, o afastamento aos princípios da efetividade e da economia processuais.

Evidencia-se a preocupação de utilização do processo como verdadeiro instrumento de realização do direito material, positivando-se no projeto de reforma do Poder Judiciário, o direito constitucional da parte à celeridade processual, *in verbis*:

Art. 5º.....

“LXXVIII. A todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Isto porque como já dizia Rui Barbosa “justiça tardia não é justiça”.

A inobservância ao princípio do direito à duração razoável do processo com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação passa a constituir verdadeira negativa do acesso à jurisdição, princípio fundamental insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

O direito à denominada *ordem jurídica justa*, aí incluída a celeridade, é a tônica da processualística moderna, destacando-se sobre o tema, os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, Paulo Bonavides, Barbosa Moreira, Sálvio de Figueiredo e Carreira Alvim, dentre outros.

A conversão judicial do mandado de segurança em ação de rito ordinário nenhum prejuízo trará à defesa.

Ao revés, na linha do acesso à denominada ordem jurídica justa, garantir-se-ão à parte a celeridade e a efetividade do processo, evitando-se ao final, a sua extinção sem julgamento do mérito, bem como novo ajuizamento, com recolhimento de custas e taxa judiciária.

Neste sentido, há muito decidira o mestre Athos Gusmão Carneiro, cassando sentença extintiva sem julgamento de mérito, por erro de rito procedimental, quando relator de acórdão proferido pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 25.02.86 (**Revista dos Tribunais**, nº 610, p. 191):

PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

Valor da causa – Vinculação ao salário mínimo – Decisão de 1º grau que entende correta a vinculação ao maior valor de referência – Processo extinto sem julgamento do mérito por inadequação do rito – Inadmissibilidade – Inaplicabilidade da Lei 6.205/75 ao processo civil – Vício que, ademais, se existente, importaria apenas erro de forma, não acarretando anulação do feito - Aplicação dos arts. 250 e 275, I, do CPC.

*“Não se anula o processo, por erro de forma, quando possível, sem prejuízo ao contraditório, o aproveitamento dos atos praticados. Regra fundamental do art. 250 do CPC. **Cassação da sentença que extinguiu o processo sem julgamento de mérito.**”*

Na mesma linha de entendimento, vale transcrever trechos extraídos de acórdão unânime proferido pela 7ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em 05.05.1987, relator o Juiz Régis de Oliveira (**Revista dos Tribunais**, nº 622, p. 126/127):

“... Daí impor-se o provimento parcial para determinar-se a adaptação ao rito de execução, efetuando-se a penhora, servindo a contestação como embargos, que se processarão nos mesmos autos. Assim, atende-se à legislação processual sem causar maiores danos às partes. Evita-se nova propositura de ação, economizando-se tempo, ganha-se em rapidez processual, realizando-se apenas e tão somente um ato a penhora, solicitada pela própria devedora.”

Na mesma esteira vêm decidindo os nossos Tribunais:

Superior Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO: RESP 62318/SP (199500125315) RECURSO ESPECIAL

DECISÃO: POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

DATA DA DECISÃO: 05/09/1995

ÓRGÃO JULGADOR: - TERCEIRA TURMA

E M E N T A

PROCESSUAL E CIVIL - CONVERSÃO DE RITO SUMARÍSSIMO EM ORDINÁRIO - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO - CESSÃO DE COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA NÃO REGISTRADO - PERDAS E DANOS - MATÉRIA DE FATO.

I - A JURISPRUDÊNCIA DO STJ ACOLHE ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, INEXISTINDO PREJUÍZO PARA A PARTE ADVERSA, ADMISSÍVEL É A CONVERSÃO DO RITO SUMARIO PARA O ORDINÁRIO.

II - NO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL, A CESSÃO AVENÇADA, COMPROVADO QUE O COMPROMISSÁRIO TAMBÉM VENDEU O BEM A TERCEIRO QUE O REGISTROU, PERDE VALIDADE, RESTANDO AO PREJUDICADO, REPARAÇÃO EM PERDAS E DANOS.

III - MATÉRIA DE FATO NÃO SE REEXAMINA EM ESPECIAL (SUMULA 07/STJ).

IV - RECURSO NÃO CONHECIDO.

RELATOR: MINISTRO WALDEMAR ZVEITER

INDEXAÇÃO: ADMISSIBILIDADE, CONVERSÃO, RITO SUMÁRIO, RITO ORDINÁRIO, INEXISTÊNCIA, PREJUÍZO, DIVERSIDADE, PARTE.

DESCONHECIMENTO, RECURSO ESPECIAL, EXISTÊNCIA, MATÉRIA DE FATO, REFERÊNCIA, POSSIBILIDADE, CESSIONÁRIO, INTERPOSIÇÃO, AÇÃO DE INDENIZAÇÃO, PERDAS E DANOS, INEXISTÊNCIA, VALIDADE, ACORDO, CESSÃO, COMPROMISSO, COMPRA E VENDA, IMÓVEL, COMPROVAÇÃO, ALIENAÇÃO, BENS, TERCEIROS, REALIZAÇÃO, REGISTRO.

CATÁLOGO: CV 0221 PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RESCISÃO INDENIZAÇÃO. FONTE: DJ DATA: 06/11/1995 PG: 37569.

VEJA: RESP 13573-SP, RESP 11200-SP, RESP 5604-MG, RESP 2834-SP, (STJ)

*DOCTRINA: OBRA: DIREITO CIVIL, VOL. 3, SARAIVA, 17ª ED.
AUTOR: SILVIO RODRIGUES
REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS: LEG: FED LEI: 005869 ANO:
1973 ***** CPC-73 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ART: 00244
PAR: ÚNICO ART: 00250 ART: 00275 INC: 00001 LEG: FED LEI:
003071 ANO: 1916 ***** CC-16 CÓDIGO CIVIL ART: 01092*

ACÓRDÃO: RESP 13573/SP (199100162418)

RECURSO ESPECIAL

*DECISÃO: POR UNANIMIDADE, CONHECER, EM PARTE, DO
RECURSO ESPECIAL, PELO FUNDAMENTO DA ALÍNEA “C”,
MAS LHE NEGAR PROVIMENTO.*

DATA DA DECISÃO: 30/06/1992

ÓRGÃO JULGADOR: - TERCEIRA TURMA

E M E N T A

*PROCESSUAL CIVIL. ALTERAÇÃO DO PROCEDIMENTO.
AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.*

*A CONVERSÃO DO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO EM
ORDINÁRIO, QUANDO POSSÍVEL, E SEM QUALQUER
PREJUÍZO PARA A PARTE ADVERSA, NÃO CONTRARIA AS
DISPOSIÇÕES PERTINENTES DA LEI PROCESSUAL CIVIL.*

RELATOR: MINISTRO CLÁUDIO SANTOS

*INDEXAÇÃO: POSSIBILIDADE, ALTERAÇÃO, PROCEDIMENTO
SUMARÍSSIMO, RITO ORDINÁRIO, HIPÓTESE, AUSÊNCIA,
PREJUÍZO.*

*CATÁLOGO: PC 0516 DEFESA (CÍVEL) CERCEAMENTO
ALTERAÇÃO DE PROCEDIMENTO*

FONTE: DJ DATA: 28/09/1992 PG: 16425

*REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS: LEG: FED LEI: 005869 ANO:
1973 ***** CPC-73 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ART: 00390*

Tribunal de Justiça do Paraná

ACÓRDÃO: 13894 DESCRIÇÃO: APELAÇÃO CÍVEL

RELATOR: DES. ULYSSES LOPES

COMARCA: LONDRINA - 1ª VARA CÍVEL

ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

PUBLICAÇÃO: 25/08/1997

E M E N T A

DECISÃO: ACORDAM OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR RELATOR. EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA.

SENTENÇA EXTINTIVA QUE RECONHECE CARÊNCIA DA AÇÃO, E REMETE AS PARTES A VIA ORDINÁRIA. AJUIZAMENTO ANTERIOR DE EMBARGOS AO MANDADO.

CONVERSÃO DO RITO ESPECIAL EM ORDINÁRIO. APROVEITAMENTO DA AÇÃO.

REFERÊNCIA LEGISLATIVA: CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ARTIGOS 250 E 1.102 C.P.

Tribunal de Alçada de Minas Gerais

Acórdão : 0111602-3 Apelação (Cv) Ano: 1991

Comarca: Belo Horizonte

Órgão Julg.: Segunda Câmara Esp. Temporária. Relator: Juiz Kelsen Carneiro

Data Julg.: 17/10/1991

Dados Publ.: NÃO PUBLICADO

Decisão: Unânime

E M E N T A

EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - DESCARACTERIZAÇÃO DO TÍTULO - CONVERSÃO EM ORDINÁRIA DE COBRANÇA - POR ECONOMIA PROCESSUAL, O JUIZ, AO VERIFICAR QUE A CAMBIAL NÃO POSSUI AS CARACTERÍSTICAS DE TÍTULO EXECUTIVO, DEVE CONVERTER A EXECUÇÃO EM AÇÃO DE COBRANÇA, QUE SE OPERARA NO RITO ORDINÁRIO COM AS DEFESAS E EXCEÇÕES DE DIREITO.

No mesmo sentido, entre tantos outros, destacam-se os RESPs 13573-SP, 11200-SP, 5604-MG, 5100, 3166, 19798-RS; e o RE 115062.

Aliás, quanto à efetividade e economia processuais, em tema de mandado de segurança, esta magistrada já teve oportunidade de se pronunciar em artigo publicado na revista **Doutrina** nº 9, Rio de Janeiro, Instituto de

Direito, 2000, p. 38/41, **Informativo ADV** nº 21, p. 331 e na **Revista da EMERJ**, v. 3, nº 9, p.136/140.

As partes não têm poder de disponibilidade sobre o rito processual, pois o procedimento não foi criado para elas e, sim, para a atuação de uma função soberana do Estado. Daí a inaceitabilidade de qualquer tese que defenda a livre disponibilidade ou a fungibilidade de procedimentos e ritos.

Saber-se se a violação de um rito acarreta nulidade já é um problema que se insere na estrutura das nulidades, não na disponibilidade dos ritos.

A impropriedade do rito não conduz à nulidade, porque a violação da forma do processo, por si só, não conduz àquela nulidade.

A nova ordem jurídica não se compatibiliza mais com decisões que se afastem dos princípios constitucionais reitores do Estado Democrático de Direito, mas juízes e tribunais, ao detectarem a impropriedade do rito, têm o poder-dever de adequar o procedimento à pretensão deduzida em Juízo, com o aproveitamento daquilo que não lesou a parte. ◆

A IMPORTÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO TRADICIONAL DAS AÇÕES E O REGISTRO DE IMÓVEIS

EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO

Desembargador TJ/RJ

1. INTRODUÇÃO

Esta pequena reflexão temática funda-se em questão que, com certa freqüência, apresenta-se na prática judicial acerca dos títulos registráveis aptos para obterem a admissão na tábula registral, especialmente na interpretação do sentido e alcance na norma insculpida no art. 167, I, n. 21 da Lei de Registros Públicos.

O tema da classificação das ações na doutrina processual moderna já comportou grandes controvérsias, mas hoje há divergências menores sobre ele porque veio a prevalecer o critério classificatório segundo o prisma do direito processual, substituindo vantajosamente o antigo sistema baseado na teoria civilista da ação.

As ações podem ser classificadas segundo dois critérios, conforme a perspectiva de direito processual ou material.

Classificar (do latim *classe* + o sufixo *ficar*) significa distribuir em classes ou em grupos, segundo um sistema metódico divisionário de um conjunto.

Classificação é, então, a distribuição de um todo por classes. Serve, basicamente, para a compreensão da ação e da sua identificação no correspondente regime legal.

2. CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES SEGUNDO O DIREITO PROCESSUAL

A ação no seu sentido lato é a faculdade de pedir-se aos órgãos jurisdicionais do Estado a aplicação da lei ao caso concreto.

A única classificação racional das ações, segundo CHIOVENDA, é a baseada na natureza do provimento judicial que ela visa obter.

Consoante a doutrina processual prevalente a atuação da lei no processo assume três formas básicas distintas: a cognição, a execução e a conservação de direitos.

Daí o paralelismo da classificação das ações levando em conta a espécie e a natureza da ação no provimento do pedido: ações de conhecimento ou cognição, de execução e ações cautelares que, em verdade, é a classificação mais relevante e sistemática.

Conceitualmente, “as primeiras visam a obter do juiz o julgamento da causa, que declare qual dos contendores tem razão, o que se realiza mediante aplicação de regra jurídica concreta resolvendo o caso que ensejou o processo, o que se faz através de uma sentença; as segundas, as constitutivas, objetivam providências que modifiquem o estado de fato e o tornem conforme à relação jurídica pretendida; as últimas postulam providências para a conservação de um estado de fato, a fim de tornar possível a efetivação de direito a ser pretendido em outra ação.”¹

Complementarmente e tendo em vista os diferentes tipos de sentença almeçadas pelo autor, as ações de conhecimento classificam-se como condenatórias, constitutivas e declaratórias.

As ações condenatórias visam a impor ao réu uma prestação, como um pagamento, a entrega de coisa, a prática ou abstenção de uma atividade ou comportamento; as constitutivas visam à modificação de um estado jurídico, como v.g. a interdição de uma pessoa ou a divisão de um imóvel em condomínio; as declaratórias, também chamadas de meramente declaratórias ou de simples apreciação limitam-se a declarar a existência ou inexistência de uma relação jurídica, a autenticidade ou falsidade de um documento, ou v.g. a inconstitucionalidade de uma lei.

Isto, porém, não torna insignificante o conhecimento de outras tradicionais classificações acionárias, baseadas em critérios de direito material que a lei leva em consideração ao distribuir a competência dos órgãos jurisdicionais bem como de sua utilização na Lei de Registros Públicos.²

¹ CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, t. I, p. 67/68: Forense, 1975.

² CPC, ações fundadas em direito real sobre imóveis (arts. 95, 592, I, 593), ação em que terceiro reivindicava a coisa (art. 70, I) as ações relativas a imóveis (89, I); ação fundada em direito real sobre bens móveis, (art. 94), ações reais imobiliárias (art. 10, parágrafo único) entre outros e Lei de Registros Públicos, art. 167, I, n. 21.

Aliás, como o anotou FREDERICO MARQUES, o novo Código de Processo Civil não abandonou esta técnica, dela se utilizando, em vários artigos.³

3. CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES SEGUNDO O DIREITO MATERIAL

A primeira teoria surgida no direito moderno, tentando formular em conceito de ação foi a denominada teoria civilista da ação, a partir da conceituação romana de CELSO, de que a ação era o direito de pedir em juízo o que nos é devido “*Nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeatur, in iudicio persequendi*”. (Livro IV, título 6º).

Segundo tal concepção, a ação seria o próprio direito subjetivo material a reagir contra a ameaça ou a sua violação.

Sua característica principal é que a ação liga-se intimamente ao direito que por ela se tutela, com três corolários inevitáveis: não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito.

Foi o critério consagrado pelo Código Civil, art. 75:

“A todo direito corresponde uma ação, que o assegura.”

Nesse contexto surgiram, então, as tradicionais classificações de ação, de maneira muito variada, quanto à sua natureza, extensão, objeto, ao seu fim e à sua transmissibilidade.

As ações consideradas como sinônimo de direito deduzido ou a deduzir em juízo – podem ser classificadas quanto à sua natureza, extensão, objeto, ao seu fim e à sua transmissibilidade.

Segundo as indicações dos nossos antigos processualistas, especialmente GABRIEL REZENDE FILHO, no seu clássico livro **Direito Processual Civil**,⁴ tal classificação faz-se:

- quanto à sua natureza, as ações dividem-se em patrimoniais e não-patrimoniais;
- em relação ao seu objeto, as ações são mobiliárias e imobiliárias;
- quanto à extensão de seu objeto, as ações são principais, acessórias, preparatórias, preventivas e incidentais;

³ Manual de Direito Processual Civil, v. I, p. 163: Saraiva, 1974.

⁴ V. I, p. 161/162: Saraiva.

- relativamente ao seu fim, as ações dividem-se em reipersecutórias, penais e mistas;

- quanto à sua transmissibilidade, são transmissíveis e intransmissíveis. É de utilidade que se precise o sentido e alcance de cada uma delas.

As ações patrimoniais visam à defesa de um direito real ou obrigacional.

As ações não-patrimoniais visam à defesa de um direito concernente ao estado da pessoa.

As patrimoniais, por sua vez, dividem-se em ações reais e pessoais.

As não-patrimoniais denominam-se, tecnicamente, ações prejudiciais.

Existiam ainda as ações prejudiciais que se destinavam à defesa do estado da pessoa e deveriam ser intentadas antes das ações principais como pressuposto para o conhecimento de um direito, v.g., como a ação de alimentos em que deveria primeiramente o interessado provar a sua condição de filho de quem se pretendia obtê-los.

Do ponto de vista do direito material, a maior e mais importante classificação das ações é a que versa sobre as denominadas reais e pessoais, também chamadas obrigacionais.

As ações reais são as que se fundam no direito de propriedade ou em direito real sobre coisa alheia (*jus in re propria* ou *jus in re aliena*): buscam fazer exercitar um direito real.

As ações pessoais objetivam assegurar o cumprimento de uma obrigação oriunda de um contrato tendo por fundamento um direito pessoal obrigacional ou de crédito.

Como prelecionava JOÃO MONTEIRO, no seu clássico livro **Teoria do Processo Civil**:

“as ações pessoais e as reais reciprocamente se discriminam em que, nas primeiras, domina o pressuposto da preexistência de certa pessoa obrigada: a obrigação gera a ação; nas segundas, a pretensão existe sem dependência de ato ou fato de pessoa previamente determinada: a ação, só porque a pretensão existe, gera no réu a obrigação de dar o que se lhe pede. A ação pessoal só pode ser movida contra quem preentrou na formação da relação de direito ou seus sucessores; a ação real pode-o ser contra quem estiver no momento violando o direito do autor.”

*“Mais sinteticamente, a ação pessoal inere à pessoa obrigada, e só contra esta é executável; a ação real inere à coisa reclamada e se exerce contra qualquer detentor, **adversus omnes.**”*

No rol destas ações podem ser citadas, entre outras, as de reivindicação, as enfiteúticas, as de servidão, confessória e negatória, as de usufruto, as de uso, as de habitação, as de renda expressamente constituídas sobre imóveis, as hipotecárias, as pignoratícias, as anticréticas, em paralelismo com os direitos reais sobre a coisa alheia e aos direitos reais de garantia (Código Civil, arts. 674 e 755).

4. OUTROS CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES

a) Classificação da ação quanto ao seu objeto.

Quanto ao seu objeto as ações podem ser mobiliárias e imobiliárias, segundo versem sobre bens móveis ou imóveis; entre as primeiras estão v.g. as que se pede a entrega de um bem móvel; entre as segundas, as que versem sobre a reivindicação de um imóvel, as possessórias sobre imóveis e as ações de despejo.

Segundo os arts. 44, I e 48, I e II, respectivamente, do Código Civil, são imobiliárias as ações que garantem os direitos reais sobre imóveis, inclusive o penhor agrícola, e mobiliárias as ações que garantem os direitos reais sobre objetos móveis e as que asseguram os direitos de obrigações.

Esta classificação tem interesse prático.

Em primeiro lugar, as ações mobiliárias devem ser propostas no foro geral, isto é, no foro do domicílio do réu, ao passo que as imobiliárias, em regra, intentam-se no foro da situação da coisa.

Ademais, as ações mobiliárias podem ser propostas pelo marido sem o consentimento da mulher.

As ações imobiliárias, porém, só podem ser intentadas pelo marido com o consentimento do cônjuge e, sendo réu o marido, deve ser citada também a sua mulher e vice-versa, sob pena de nulidade do processo.

Assim, para se identificar se uma ação é pessoal ou real, costuma-se formular a pergunta *“cur debetur?”* (porque se deve); para indagar-se se uma ação é mobiliária ou imobiliária costuma-se formular outra pergunta: *“an quid debetur?”* (o que se deve ?).

Alguns exemplos que mostram o interesse prático dessas perguntas.

1º) Ação pela qual se pede a restituição de automóvel dado em locação. **Cur debetur?** com fundamento no contrato de locação; logo, ação pessoal. **An quid debetur?** Um automóvel; logo, ação mobiliária.

2º) Ação de despejo. **Cur debetur?** Com fundamento no contrato de locação; logo, ação pessoal. **An quid debetur?** Um imóvel; logo, ação imobiliária.

3º) Ação de reivindicação de um automóvel. **Cur debetur?** Com fundamento no domínio; logo, ação real. **An quid debetur?** Um automóvel; logo, ação mobiliária.

4º) Ação de reivindicação de um imóvel. **Cur debetur?** Com fundamento no domínio; logo, ação real. **An quid debetur?** Um imóvel; logo, ação imobiliária.

b) Classificação das ações quanto ao seu fim.

Quanto ao seu fim as ações são reipersecutórias, penais e mistas.

É uma classificação tradicional – sem maior alcance prático – salvo as primeiras que têm relevância em relação ao Registro de Imóveis. Tal classificação remonta ao direito romano e que foi aceita e difundida pelos praxistas reinóis e brasileiros.⁵

São reipersecutórias (*rei persecutio*) as pelas quais se pede o que é nosso ou nos é devido e está fora do nosso patrimônio. São, de ordinário, todas as ações condenatórias. Assim, as ações de reivindicações, de indenização, de despejo.

Penais são as ações que visam a penas previstas no contrato ou pela lei. Assim, a ação pela qual o senhorio pede seja o enfiteuta declarado em comisso e extinta a enfiteuse, por falta de pagamento dos foros (Cód. Civil, art. 692, nº 2).

Mistas são as ações a um tempo reipersecutórias e penais. Exemplo típico a ação de sonogados (Cód. Civil, arts. 1780. 1781, 1783), pela qual se pede que o inventariante, ou herdeiro, que ocultou bens do espólio, os devolva ou o seu valor, com a cominação das penas que a lei prescreve, perda do direito sobre ditos bens e a de destituição do inventariante, quando for ele o sonegador.

⁵ O praxismo é doutrina dos práticos, dos que escrevem sobre o direito prático, sobre as praxes forenses, com pouca sistematização doutrinária.

O praxismo é a soma de regras instituídas pelos usos e costumes para a prática ou execução de atos forenses, autorizados pela leis processuais ou não contrária a elas. De Plácido e Silva, **Vocabulário Jurídico**, v. III, p. 1192: Forense.

c) Demais classificações.

Também há, ainda, outras múltiplas classificações de ações que poderiam ser lembradas: quanto ao procedimento comum (ordinárias e sumárias) e especial; transmissíveis e intransmissíveis; principais, acessórias, preparatórias, preventivas e incidentes mas que são de escasso interesse prático, salvo quanto à relativa classificação das ações em petitorias e possessórias, de largo e generalizado uso nas doutrinas civilista e processual, segundo se pretenda buscar judicialmente o reconhecimento de domínio e posse sobre a coisa.

João Monteiro assinalou, percucientemente, que tal divisão tem importância científica quando se trata de saber-se se nas ações possessórias é lícito ao réu defender-se com a invocação de exceção de domínio.⁶

Mas, quanto a este tema, adverte EDUARDO COUTURE nos seus **Fundamentos de Derecho Procesal Civil**, tais denominações mais se ajustam à classificação de processos e não de ações.⁷

5. A CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES, SEGUNDO A DOUTRINA CIVILISTA E A SUA REPERCUSSÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS

O Registro Imobiliário, na precisa definição de WIELAND, é constituído pelo conjunto de registros e atos, praticados por um funcionário público que permite ser apercebida a situação jurídica do imóvel sob o ponto de vista dos direitos reais que o gravam.⁸

Sua finalidade básica é de refletir as modificações por que passa a propriedade imobiliária, dando, através de mecanismo adequado, dotado de ampla publicidade, a estrutura de sua substância, com as eventuais limitações que o cercam, facilitando o seu conhecimento, propiciando a sua circulação e segurança.

Nem todas as ações propostas sobre um determinado bem podem ingressar no registro público.

Como ensina AFRÂNIO DE CARVALHO, com amparo em MARTIN WOLFF e J.W. HEDEMAN, “o registro não é o desaguadouro comum de

⁶ **Teoria do Processo Civil** Borsoi, p. 97, nota 1, 1956.

⁷ Depalma, Buenos Aires, p. 85, 1974.

⁸ **Les Droits Réels dans le Code Civil Suisse**: M. Giard & É Briere, Paris, 1914.

todos e quaisquer títulos, senão daqueles que conferiram uma posição jurídico-real e sejam previstos como registráveis”.⁹

“A enumeração dos direitos registráveis na Lei de Registros Públicos é taxativa e não exemplificativa (art. 167). Dessa maneira, não são recebíveis os títulos que se achem fora desta enumeração, porquanto o registro nada lhe acrescenta de útil. Neste particular, a regra dominante é a de que não é inscriível nenhum direito que mediante a inscrição não se torne mais eficaz do que sem ela.”

“Nele existe limite à registrabilidade porquanto no Registro de Imóveis só podem ingressar os títulos que estejam previstos legalmente. Inexistente tal previsão legal a inscrição não pode ser feita.”¹⁰

WALTER CENEVIVA assinala a dificuldade prática ocorrente quando se questiona sobre a natureza de ações para enquadrá-las no grupo das “reais ou pessoais reipersecutórias relativas a imóvel”, destacando que o critério fundamental é o de referir-se a ação ao imóvel e que nela se questione domínio ou direito a este referente.¹¹

Conforme dispõe o art. 167, I, n. 21 da Lei de Registros Públicos na tábula registral serão feitos os lançamentos, sob a denominação de **registros**, das citações reais ou pessoais reipersecutórias relativas a imóveis.

Trata-se de modalidade de inscrição preventiva que, segundo AFRÂNIO DE CARVALHO, “exerce nitidamente uma função de garantia do direito e previne terceiros do risco de fazer com imóvel sobre o qual recaia o direito garantido” (**O Registro de Imóveis**, Forense, 1982, p. 176).

“A inscrição preventiva é condicional, por depender da eventualidade de que o direito que provisoriamente assegura adquira firmeza, pela constituição da hipoteca ou pelo êxito da ação, ficando sujeita a cancelamento, se frustrar o empréstimo hipotecário ou for adverso o julgamento final da ação. A sua eficácia é limitada, pois não tem força para obstar qualquer ato se disposição do titular do imóvel

⁹ **Registro de Imóveis**, p. 263: Forense, 1976.

¹⁰ Idem, *ibidem*.

¹¹ **Lei de Registros Públicos Comentada**: Saraiva, p. 296, 8ª ed.

atingido por ela, mas apenas para inquinar de má-fé o respectivo adquirente, servindo de prova preconstituída da sua fraude. Se a penhora estiver inscrita, mas, a despeito dela, o imóvel for vendido, não precisará o exequente preocupar-se em fazer a prova da fraude contra o seu crédito, porquanto para isso bastará a inscrição daquele ato judicial (Lei n. 6015, de 1973, art. 240)” (op. cit. p. 178).

Tal modalidade de inscrição visa, sobretudo, à proteção de terceiros de boa-fé dos riscos da evicção de direito, bem assim como o próprio promovente da ação real ou reipersecutória, na eventualidade da alienação da coisa pelo demandado, no curso da lide, da qual poderia resultar o questionamento quanto à validade e eficácia da sentença em relação a terceiros de boa-fé.

Questão que vem se apresentando com frequência nos pretórios é o uso indiscriminado de quaisquer tipos de ação, sem as características de direito real ou ações pessoais reipersecutórias, as quais foram vistas conceitualmente linhas atrás, para sua utilização como medida preventiva de âmbito registral.

Assinale-se por outro lado, existir certa dificuldade de se precisar exatamente a sua natureza, se real ou pessoal reipersecutória porque, às vezes, não é simples de aperceber o seu sentido e alcance.

MARIA HELENA DINIZ explicita, com rigor conceitual, o que são ações pessoais reipersecutórias sobre imóveis. Tais ações são aquelas “derivadas de uma relação obrigacional decorrente de negócio jurídico, de declaração unilateral de vontade ou de ato ilícito, mas o registro será feito porque a demanda se refere a imóvel, por ter sido objetivo a obtenção de um bem de raiz em consequência de obrigação assumida pelo réu.”¹²

Não basta que se denomine a certo tipos de ações com o rótulo de reais ou pessoais reipersecutórias para que passem ostentar suas características e possam produzir os seus efeitos.

É prática que vem tornando-se usual alguém, v.g, possuindo mero direito pessoal a aquisição de uma coisa para, com tal título, tentar proceder a inscrição da citação de uma ação proposta com fundamento no registro de propriedade paralisando ou dificultando o atual proprietário utilizar o seu bem, de forma plena, eis que consoante o disposto no art. 859 do Código

¹²O Sistema de Registro de Imóveis: Saraiva, p; 181, 1992.

Civil, presume-se pertencer o direito real à pessoa em cujo nome se a inscreveu ou transcreveu.

Também a propositura de ações congêneres vem tornando-se comum em relação a áreas dos Municípios de Angra dos Reis e Parati, na zona litorânea e no valorizado bairro da Barra da Tijuca, no Rio de Janeiro, face a sua formação fundiária imperfeita, invocando-se, freqüentemente pretensos direitos advindos de **Cartas de Sesmarias** sem validade, com caducidade manifesta.

A 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, recentemente entendeu, de forma incidental, não deferir o registro da citação feita em ação oriunda de relação contratual envolvendo promessa de cessão de direitos hereditários sobre imóvel, mantendo despacho do Juiz de primeiro grau que mandara cancelar a sua inscrição no Registro de Imóveis porque os agravantes não eram titulares do direito real!¹³

Recorde-se, por oportuno, de que a citação é o ato de comunicação processual pelo qual se chama a Juízo o réu ou o interessado para se defender e que é indispensável para a validade do processo.

Da citação válida decorrem importantes conseqüências processuais: torna prevento o Juízo, induz litispendência, torna a coisa litigiosa e, finalmente, interrompe a prescrição (**Código de Processo Civil**, arts. 213, 214 e 219).

As citações devem ser inscritas no livro 2, do Registro Geral do Cartório Registral, correspondente ao local de situação do imóvel (art. 169 da Lei de Registros Públicos), na respectiva matrícula, individualizadora e caracterizadora do imóvel, para estremá-los de dúvidas com relação a outro.

Para maior segurança de atos negociais, os interessados deverão requerer ao Cartório de Distribuição da certidão negativa de ações.

Como esclarece MARIA HELENA DINIZ, no seu **Sistema de Registros de Imóveis**, Ed. Saraiva, 2ª edição, p. 180:

“Visa a ação real tutelar em direito real. A ação real é a decorrente do *jus in re*, competindo, portanto, sua promoção àquele que é o titular do direito real contra quem não o quer reconhecer, detendo injustamente a coisa sobre a qual recai aquele direito. Essa ação tem por escopo a proteção do domínio e dos demais direitos reais limitados *jus in re aliena*; dentre elas,

¹³ Agravo nº 3446/98, ac. unânime, Rel. o Des. João Nicolau Spyrides.

podemos citar: a reivindicatória, a negatória, a de manutenção e a de reintegração de posse, a de usucapião, a para reconhecer um usufruto, a hipotecária, a confessória para reconhecer servidão etc. terá sempre por objeto a coisa ou algum direito real sobre imóvel (hipoteca, penhor, anticrese, enfiteuse, uso, usufruto, servidão etc.).

Se for proposta judicialmente uma ação real relacionada a um imóvel ou a direito real sobre imóvel alheio, desde que não caiba fazer penhora, arresto ou seqüestro, a citação do réu poderá ser levada a assento no Registro Imobiliário (Lei nº 6.015/73, art. 167, I, n. 21), no Livro nº 2”.

6. CONCLUSÃO

Tais considerações permitem concluir pela utilidade do conhecimento da teoria geral da classificação das ações, sob o prisma civilístico, permitindo ao intérprete e aos operadores de direito o domínio dos conceitos pertinentes para a sua aplicação em casos concretos, bem como dos critérios gerais usados na legislação processual civil para a fixação de competência territorial para os seus julgamentos.

Enseja, também, com relação ao registro público imobiliário, a apreciação com segurança dos pedidos para que as citações pretendidas sejam aptas a ingressar no álbum registral, através das matrículas, produzindo os saudáveis efeitos preventivos visados pela lei e dando ao tráfico da propriedade imobiliária, transparência, segurança, certeza e publicidade, que é o apanágio de um bom sistema registral. ◆

TUTELA E ADOÇÃO REMUNERADAS

(AUXÍLIO FINANCEIRO POR LEI ESTADUAL)

DÉCIO XAVIER GAMA

Desembargador TJ/RJ

A recente Lei do Estado do Rio de Janeiro, nº 3.499/00, publicada no D. O. de 8 de dezembro de 2000, estabelece que será concedido “auxílio-adoção” a servidor público estadual que acolher criança ou adolescente “egresso de entidade de atendimento”, mediante *guarda, tutela, ou adoção*, na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). Esse benefício será concedido em valores equivalentes a salários mínimos, de 3 a 5, conforme a idade da criança, e deve ser pelo valor máximo, se se tratar de menor ou adolescente portador de deficiência ou doença grave.

As três situações diferentes de acolhida do menor credenciam o funcionário do estado a receber o benefício estadual sob denominação única de auxílio-adoção, visando estimular pessoas ou casais a participar na solução do problema de crianças que, assistidas pelo estado, se acham longe da presença dos pais, de qualquer forma ausente o pátrio poder. Os objetivos da lei, portanto, foram os de retirar as crianças das casas de acolhimento para lhes dar criação no seio de uma família, mediante um subsídio.*

Contudo, criou-se o auxílio apenas para funcionário público estadual em detrimento de direito idêntico de outras pessoas aptas a receberem o benefício. Não deveriam ser excluídas, outras categorias sociais, que se oferecessem para colaborar na solução de problemas da criança desamparada. A vantagem é de caráter genérico e deve aproveitar a todos que preenchem as condições objetivas previstas na lei. As condições pessoais de criação do menor cabem ao Juiz definir para o deferimento da medida, mas a igualdade de direitos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, deveria ser observada (art. 5º, da Constituição Federal).

* Nunca é demais acrescentar, contudo, que, as pessoas dispostas a colaborar com a assistência a menores carentes, se o fazem pensando em adoção ou mesmo tutela, estão mais na expectativa de encher a própria família de encanto, beneficiando-se da presença de um novo ser como filho. Aspiram antes, com ou sem filhos biológicos, a dedicar-se a ter filhos de outrem como se fossem seus, ainda que por tutela ou adoção.

Por outro lado, a mencionada lei estadual, não andou bem em conceder o mesmo auxílio para as três situações diferentes de acolhida. O subsídio, ou auxílio, somente *para a guarda*, já se acha previsto em **sede legislativa própria**, que é a da lei civil federal. Para a tutela é o Código Civil taxativo em dizer que deve ser voluntária e **gratuita**. Bastaria que a lei baixasse a regulamentação do benefício para a guarda e previsse a fonte de custeio orçamentário para respectiva despesa. Contudo, no tocante à extensão do benefício, o art. 34 do Estatuto da Criança e do Adolescente admite que seja instituído apenas para a guarda:

“O Poder Público estimulará, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão, ou abandonado”.

Igualmente assim, dispõem as Constituições do Estado do Rio de Janeiro (art. 54) e da União Federal (art. 227, § 3º, VI).

No tocante à tutela e à adoção, a lei civil (Cód. Civil e o E.C.A.) não prevê as suas concessões senão mediante os cuidados e a responsabilidade da especialização de hipoteca (art. 37) no caso de tutor, e com a irrevogabilidade e o caráter de permanência (art. 48), no caso de adoção. Para a tutela já o Código Civil é específico e incisivo:

“Os menores abandonados terão tutores nomeados pelo juiz, ou serão recolhidos a estabelecimentos públicos para esse fim destinados. Na falta desses estabelecimentos, ficam sob a tutela das pessoas que, voluntária e gratuitamente, se encarregarem da sua criação” (Art. 412).

Esse dispositivo de lei, não foi revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Ao contrário, o ECA, que dispõe sobre a tutela em três artigos, é explícito em determinar que a medida será deferida “nos termos da lei civil”. (art. 36)

Na adoção, por maioria de motivos, também não se concebe a idéia de ser efetuado algum pagamento para os adotantes, como se acha implícito na lei federal, desde a introdução do instituto em nosso sistema jurídico (Código Civil, 1916). A condição de filho adotado atribui à criança ou adolescente os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, que têm os

naturais e os biológicos (art. 41, do E.C.A.). Se assim não fosse estariam sendo deferidos direitos diversos para duas classes de filhos: os biológicos, que não ensejariam subsídio para os pais e os adotados, que permitiriam aquele auxílio. Os adotados ostentariam, portanto, a marca de que os seus pais eram remunerados para tê-los.

A Constituição de 1988 banuiu, no entanto da legislação, qualquer diferença entre filhos de qualquer natureza quanto a direitos e qualificações (art. 227).

A própria disposição do casal ou da pessoa para aceitar a condição de tutor ou de adotante tem enorme diferença daquela com que se apresenta o homem ou a mulher para aceitar o encargo de simples guardião do menor. A tutela é de nomeação dos pais ou avós em testamento ou, na sua falta, é atribuído o encargo a parentes consangüíneos do menor, em gradação legal. Nesse caso, da mesma forma como na adoção, não pode haver interesse financeiro por parte dos que se apresentam para o acolhimento do menor.

Ocorre, ainda, que, no sistema jurídico e hábitos do Brasil, se busca uma situação permanente, em que a escolha da criança é procurada e esperada pelos adotantes, como se fosse seu próprio filho. O adotante visa a uma perfeita integração da situação de filho sem qualquer distinção com os irmãos já existentes ou que possam a vir a existir. Essa busca de integração completa, essa quase ânsia ou expectativa dos adotantes de receber um filho de outrem como próprio, na forma da lei, mostra que, para os adotantes, não se fazia mister criar qualquer auxílio do poder público, sendo mesmo fora de propósito equiparar o instituto da adoção às outras duas modalidades de família substituta, para fins de concessão de ajuda financeira.

Bem diversa é a situação da pessoa que se dispõe a colaborar na **guarda** de criança que se acha em “casa de acolhimento”. Aí é que se pode imaginar até mesmo haver remuneração pelo trabalho, como prevê o art. 34, do E.C.A. A guarda tem a grande vantagem de regularizar uma situação de fato, em regra preexistente, a de obrigar à prestação de assistência material, moral e educacional da criança, bem como o de conferir-lhe representação e a condição de dependente para todos os fins de direito, inclusive previdenciário (art. 33º e §§).

A vinculação dos adotantes é mais profunda com o menor que a da simples guarda, ou da tutela. Os adotantes têm a iniciativa na adoção e grande é o interesse que manifestam, no caso, em receber o menor como se fosse seu filho. No caso da tutela a aceitação do encargo de tutor decorre mais

dos laços de parentesco com o tutelado na ordem prevista no art. 409 do Cód. Civil. Para se admitir a hipótese de tutela da lei estadual, somente na falta de tutor testamentário ou de parente consanguíneo, na ordem legítima, poderia a criança ser confiada a particular para se incumbir, como tutor, voluntária e gratuitamente, de criá-la e educá-la (art. 412 do C.C.).

Na simples guarda não se inicia um estágio de convivência do menor com o seu guardião, como ocorre na adoção que é irrevogável. Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando (art. 42 do E.C.A.), mas na tutela os parentes têm total prevalência para assumirem o encargo.

Na tutela, se procura dar à criança uma representação legal e se presuppõe também a prévia decretação da perda ou suspensão do pátrio poder, o que não ocorre com a guarda.

A consequência dessa situação de irrevogabilidade da adoção e da vinculação do adotado à condição mesmo de filho dos adotantes para todos os efeitos de direito e, ainda, de até um prévio estágio de convivência da criança ou adolescente é que o instituto não se coaduna com a idéia de pagamento de um subsídio pelo Estado em razão de o casal ter adotado uma criança.

Nada disto acontece com a simples guarda. Ali o interesse é de simples proteção do menor e a medida, a cargo do Juiz da Infância e da Adolescência, tem o objetivo de deslocar o amparo do menor em situação de carência, das mãos do Estado, ainda que em situação temporária, para o seio de uma família, na sua expressão mais ampla. ◆

DIREITO, JUSTIÇA, MORAL E ÉTICA

ÁUREA PIMENTEL PEREIRA
Desembargadora TJ/RJ

O Direito, na definição clássica de Ulpiano, é a arte do bom e do equitativo (*ars boni et aequi*).

Nos primórdios da história da humanidade, viveu o homem, que nasceu livre, sem que existissem regras que lhe ditassem o comportamento, em uma fase chamada de anomia (ausência de normas), a que se seguiu um período em que predominaram os usos e costumes (Direito consuetudinário).

Tendo o homem de viver em sociedade, surgiu a idéia do reconhecimento da existência de um Direito Natural, que fosse comum a todos os homens, capaz de representar a conciliação entre o Direito e o Poder e de disciplinar a convivência em sociedade, tudo concebido como preconizado, por Rousseau, em seu “Contrato Social”.

Durante muito tempo, o que existiu, portanto, foi o *ius non scriptum* que, sempre com raízes no Direito Natural, deu origem à doutrina *iusnaturalista*, que vê os direitos como inerentes ao próprio homem, não dependendo de concessão do Estado para o seu reconhecimento.

Na Grécia, com Aristóteles, surgiu a primeira codificação, como registrado na obra “Política” daquele grande Pensador.

As primeiras codificações romanas dividiram o Direito em três classes: Direito das Gentes (*ius gentium*), que disciplinava as relações entre os povos de diversas Nações; Direito Político, concebido para dirimir questões entre governantes e governados e Direito Civil (*ius civile*), o chamado direito privado a disciplinar as relações entre os cidadãos (cf. Montesquieu – **L’Esprit des Lois** - Livro Primeiro, Capítulo III).

Só muito mais tarde, surgiram – como verdadeiras conquistas da humanidade – as primeiras proclamações universais dos direitos fundamentais do homem (liberdade, igualdade e direito à vida), frutos da **Declaração de Direitos de Virgínia** de 1776 e da **Declaration des Droits de L’Hommes**

et Citoyens, de 1789, esta última calcada nas idéias libertárias da Revolução Francesa.

Com nítida inspiração em tais declarações universais, o **Direito**, a **Justiça**, a **Moral** e a **Ética**, foram, aos poucos, se identificando como virtudes – (no sentido político da palavra) – inseparáveis.

A **Justiça** – que no pensamento iluminado de Ulpiano foi definida como *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuere* – quando bem aplicada é verdadeiramente uma virtude – (considerada a expressão no sentido concebido por Montesquieu: virtude política), que se traduz no amor às leis do país.

Nos primeiros tempos, quando os Poderes se encontravam concentrados nas mãos de uma só pessoa, a missão de distribuir Justiça era conferida ao Príncipe, que a exercia como um braço do Poder Executivo, nos governos despóticos acumulando aquele, também, o Poder de legislar.

Na Roma antiga, o Poder de julgar – dependendo do valor e da natureza das causas – era exercido pelos reis e depois pelos côsules, a estes últimos cabendo nomear os juízes que, nada obstante, só podiam decidir questões de fato.

Não foi por outra razão, senão por força da limitação de poderes que aos juízes era imposta, que Montesquieu a eles se referiu como sendo: “*la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*” (Ob. cit. Livro XI – Capítulo XVIII).

A acumulação de poderes, porque despótica, revelou-se, no decorrer dos tempos, inconveniente, e, mais do que inconveniente, odiosa, daí a idéia de Montesquieu e Locke de tripartí-los, concebendo-os absolutamente autônomos, separados e independentes, o que foi, pelo primeiro dos Pensadores citados, justificado, firme no entendimento de que: “*Il n’y a point encore de liberté, si la puissance de juger n’est pas séparée de la puissance législative et de l’exécutive*”. (**L’Esprit des Loix**, Livro XI, Capítulo VI).

Com a proposta da tripartição dos poderes, lançaram, também, Montesquieu e Locke, a idéia de um sistema de *checks and balances* através do qual “*le pouvoir arrête le pouvoir*”.

Separados os poderes, surgiu o Poder Judiciário forte, independente, sem qualquer subordinação, em relação aos demais poderes, responsável pela distribuição da Justiça, para o restabelecimento das liberdades públicas, se e quando violadas, e pelo controle da constitucionalidade das leis, papel que ele exercita como balança dos Poderes.

Distribuir Justiça é missão quase divina, por isso mesmo devendo ser realizada pelo Juiz com virtude cívica, isto é, com absoluta independência, retidão, imparcialidade, respeito às leis, à moral e à ética de comportamento.

O respeito às leis, identifica-se com sua exata aplicação, que deve ser feita, sem que enverede o juiz pelos descaminhos da criação do direito (direito alternativo), em que o magistrado faz as vezes de legislador.

Reconhece-se, porém, que não deixa de haver certa força criadora na interpretação que fazem os Juízes de Direito e quando da prolação de determinadas decisões judiciais, como, por exemplo, as pronunciadas quando do controle da constitucionalidade das leis pelos Tribunais, via das quais, ao se expurgar, de um texto legal, disposição contrária à ordem constitucional, na verdade, dá-se o nascimento de um direito novo.

A boa distribuição da Justiça, pressupõe a correta aplicação do Direito, em harmonia com os princípios da moral e da ética.

A moral e a ética são virtudes que os gregos sempre reverenciaram.

A moral é o respeito aos valores humanos ao que é reto e virtuoso.

A moral pública é a virtude política preconizada por Montesquieu, determinante do comportamento de uma coletividade, segundo as regras e princípios da consciência ética dominante.

A ética (do grego *ethike*), se define como a própria ciência da moral, a ditar regras para um comportamento de respeito a direitos e deveres, pautado segundo o que é honesto e virtuoso.

A missão de julgar exige do juiz, além do dever de fidelidade ao Direito, uma conduta ética conforme a moral pública, sem deslizes que possam comprometer a sua toga.

Para o fortalecimento do Poder Judiciário – nesses conturbados tempos em que, cada vez mais, se torna necessário cobrar dos homens públicos probidade e retidão - mister é que se formem juízes, como se vêm fazendo neste Estado: recrutados através de rigorosa seleção, dentre os que se revelem verdadeiramente compromissados com o **Direito**, a **Justiça**, a **Moral** e a **Ética**.

Com essas reflexões, nada mais impende acrescentar. Ajuntar outras considerações seria demasia, a enfrentar a advertência de Angelo Majorana, (**Teoria da Eloquência**), oportuna a lembrar que: “As palavras excessivas são sons sem ritmo”, devendo, por isso mesmo – como recomendava Aristóteles – como “ervas inúteis” que são, serem arrancadas, para que não fiquem as idéias, afinal, por elas ocultas. ◆

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

HUMBERTO PEÑA DE MORAES

Defensor Público, expositor na EMERJ

1. INTRODUÇÃO

O Brasil, mercê de valioso conjunto de instrumentos provocadores de jurisdição constitucional, possui um dos mais complexos e eficientes sistemas de controle de constitucionalidade do mundo, considerada a circunstância em sede de Direito comparado.

Inobstante isso, a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, ao regulamentar o preceptivo inserto no art. 102, § 1º, da *Lex Fundamentalis*, fez acrescentar a **argüição de descumprimento de preceito fundamental** dentre os institutos, já existentes, que visam a preservar a supremacia da Constituição, como norma fundante da organização política do Estado.

O instrumento que se examina, oriundo de integração legislativa da única norma constitucional não auto-aplicável, ou de eficácia limitada, definidora de competências do Supremo Tribunal Federal¹, viabiliza, em meio a outros cometimentos, o controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais, de atos concretos e de normas pré-constitucionais, o que se mostra singular neste passo², dotada a decisão de eficácia contra todos e efeito vinculante.

O Prof. Gilmar Ferreira Mendes, que integrou a comissão constituída pelo Ministério da Justiça, presidida pelo Prof. Celso Ribeiro Bastos, encarregada de elaborar estudos sobre a matéria e o anteprojeto que resultou na lei em referência, ornada, ainda, pelo Prof. Arnoldo Wald, pelo Prof.

¹ CF, art. 102, § 1º.

² O controle concentrado de constitucionalidade, por via de ação direta de inconstitucionalidade, de leis e atos normativos federais, distritais e estaduais em face da Constituição Federal permite, apenas, o exame de compatibilidade de normas primárias, isto é, de atos legislativos que, ancorados no Texto Fundamental, possuam generalidade, abstração e autonomia. Também a ação declaratória de constitucionalidade.

Ives Gandra Martins e pelo Prof. Oscar Dias Corrêa, afirmou, ao exaltar o novel estatuto, *in verbis*:

“...o novo instituto contém um enorme potencial de aperfeiçoamento do sistema pátrio de controle de constitucionalidade.”³

2. OBJETO E FINALIDADE

Destina-se a **arguição de descumprimento de preceito fundamental**, primacialmente, a *evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público*.⁴

De parte isso, caberá a medida, também, *quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição*.⁵

Advirta-se, por oportuno, que a expressão **preceito fundamental**, utilizada pelo legislador constituinte originário no art. 102, § 1º, do **Textus**, não significa o mesmo que **princípio fundamental**.

Possuindo sentido próprio, o termo **preceito**, consoante empregado no dispositivo em referência, inclui os **princípios** fundamentais, com Título próprio, e outros, inseridos, também, na Constituição, que veiculam decisões políticas e estruturais do Estado. Tais preceitos sintetizam o núcleo, a alma, o cerne da Constituição.

Assim, em que pese a ausência de hierarquia **normativa** entre os diversos dispositivos constitucionais, em razão do princípio da unidade da Constituição, não há negar, todavia, a existência entre eles de uma hierarquia **axiológica**, isto é, de uma hierarquia de **valores**, decorrente de notável relevância que uns ostentam em face de outros, posto que “*nem sempre*”, como bem salientou o Prof. Luís Roberto Barroso, todos “*desempenham o mesmo papel*.”⁶

Merece percutido, com alusão à *quaestio juris* em voga, envolvendo o reconhecimento da precitada hierarquia **axiológica** entre nor-

³ **Revista Jurídica Virtual** n.º 7, Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos, www.planalto.gov.br, Brasília-DF, dezembro, 1999, p. 9.

⁴ Lei n.º 9.882/99, art. 1º, *caput*.

⁵ Lei n.º 9.882/99, art. 1º, p. único, I.

⁶ “Princípios Constitucionais Brasileiros ou de Como o Papel Aceita Tudo”, **Revista da Faculdade de Direito da UERJ** n.º 1, 1993, p. 218. No mesmo sentido: **Interpretação e Aplicação da Constituição**, Saraiva, Rio de Janeiro, 3ª ed., 1999, p. 147 e 148.

mas constitucionais, o magistério do Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto *in expressis*:

“A solução está no reconhecimento de uma necessária hierarquização axiológica desses princípios, como regra de aplicação harmoniosa. Embora todos os dispositivos constitucionais tenham a mesma hierarquia normativa, obviamente não terão a mesma hierarquia axiológica.

Essa desigualdade decorre do fato, muitas vezes esquecido, de que a Constituição não é apenas um diploma legal a mais, no ordenamento jurídico do País, embora seja o de maior importância; mas é também, e sobretudo, um documento político, impregnado de valores metajurídicos, de distintos níveis e diversas abrangências, de modo que os princípios normativos, que os exprimem positivamente, carregam suas características políticas e têm, por isso, diferentes cargas de eficácia.

Exemplificando, sucintamente, essa hierarquia axiológica, podemos afirmar que os princípios que definem liberdades, preferem aos que as condicionam ou restringem; e os que atribuem poderes ao Estado, cedem aos que reservam poderes aos indivíduos, e os que reforçam a ordem espontânea têm preferência sobre os que a excepcionam.”⁷

Em atitude convenientemente cautelosa, o legislador ordinário, responsável pela promulgação da Lei nº 9.882/99, deixando de enunciar os preceitos fundamentais, preservou a tarefa construtiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, intérprete e guardião da Norma Fundamental, que os relacionará.

No sentido do texto, expendeu o Min. Oscar Dias Corrêa, *in litteris*:

“Cabe exclusiva e soberanamente ao STF conceituar o que é descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, porque promulgado o texto é ele o único, soberano e definitivo intérprete, fixando quais são os preceitos fundamentais, obediente

⁷ “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, *Revista de Direito da Procuradoria - Geral do Estado do Rio de Janeiro* nº 42, p. 59.

ao um único parâmetro – a ordem jurídica nacional, no sentido mais amplo. Está na sua descrição indicá-los.”⁸

Com pertinência à locução *ato do Poder Público*, é força convir que, não havendo a lei integrativa estabelecido qualquer limitação, o ato de *descumprimento* - termo preferido pela Constituição - poderá resultar de atividade atribuída ao Poder Estatal de quaisquer das esferas federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e, sendo concreto, de entidade ou órgão da administração direta e indireta.⁹

3. MODALIDADES

Instituto de índole acionária, situado na esfera de competência constitucional do Supremo Tribunal Federal e desenvolvido através de processo objetivo, a **arguição de descumprimento de preceito fundamental** pode apresentar-se de duas modalidades: a **direta** e a **indireta** ou **incidental**, ou, como prefere o Prof. Juliano Taveira Bernardes, versando sobre a matéria, em excelente trabalho, **autônoma** ou **incidental**.¹⁰

Trata-se de mecanismo de reconhecida importância política, no sentido absoluto da expressão, com força de dotar o Supremo Tribunal Federal de vigoroso instrumento de tutela concentrada da Constituição da República, auspiciando a efetivação da democracia e o prestigiamiento da cidadania, a exemplo de institutos símiles conferidos a Cortes constitucionais europeias.

A importância do implemento definitivo dessa medida dotada de caráter processual não havia transitado à margem da observação arguta do Prof. André Ramos Tavares, ao expender, alhures, *in verbis*:

⁸ **A Constituição de 1988, Contribuição Crítica**, 1ª ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro 1991, p. 157.

⁹ O Supremo Tribunal Federal, examinando questão de ordem apresentada pelo Min. Néri da Silveira, relator, não conheceu de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil, contra ato do Prefeito do Município do Rio de Janeiro que, ao vetar parcialmente, de forma imotivada, projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal, teria violado o princípio constitucional da separação de poderes. O Tribunal considerou ser incabível na espécie a arguição de descumprimento de preceito fundamental, dado que o veto constitui ato político do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, previsto no art. 1º da Lei nº 9.882/99. (ADPF nº 1, 03.02.2000), *in Informativo STF nº 176*, 1º a 4 de fevereiro de 2000, p. 1.

¹⁰ “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”, **Revista Virtual nº 7**, Subchefia para Assuntos Jurídicos, www.planalto.gov.br, Brasília-DF, dezembro, 1999, p. 1.

*“Com essa regulamentação, certamente o Supremo passará a ocupar, em sua plenitude, a verdadeira posição de guardião da Constituição que lhe foi cometida pela própria Carta Política. E isso se daria exatamente pela instituição desse especial tratamento aos preceitos constitucionais basilares, que, justamente por sua fundamentalidade, estão a merecer essa especial abordagem.”*¹¹

Na memória jurídica de outros povos, a **arguição de descumprimento de preceito fundamental** encontra parâmetro em institutos equivalentes nos sistemas constitucionais, *verbi gratia*, da Alemanha, da Espanha e da Áustria.

No sistema tedesco, o **recurso** (ou **queixa**) **constitucional** tem previsão no art. 93, alínea 1, nº 4^a, da Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, podendo *“ser interposto por toda a gente com a alegação de ter sido lesado, pelo poder público, num dos seus direitos consagrados no nº 4 do art. 20, assim como nos artigos 33, 38, 101, 103 e 104.”*¹²

Releva notar que, na República Federal da Alemanha, *“um recurso constitucional só é admissível se o recorrente não pôde eliminar a violação de direitos fundamentais afirmada por interposição de recursos jurídicos, ou de outra forma, sem recorrer ao Tribunal Constitucional Federal.”*¹³

Na Espanha, o **recurso de amparo**, equivalente ao **recurso** (ou **queixa**) **constitucional** do sistema germânico, tem previsão nos arts. 161, 1, b e 162, 1, b, da Constituição do País, sancionada em 27 de dezembro de 1978.

Conforme as lições de Zeno Veloso, *“O amparo é um procedimento especial que, embora denominado recurso, representa um processo substantivo e independente, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais e as liberdades públicas reconhecidas pela Constituição (princípio da igualdade, direito à vida, à integridade física e moral, à liberdade religiosa, ideológica e de culto, à liberdade e à segurança, à honra, à intimidade e à própria imagem, à inviolabilidade do domicílio etc.)”*, podendo *“ser interposto por qualquer pessoa (natural ou jurídica) que invoque um legí-*

¹¹ **Tribunal e Jurisdição Constitucional**, Celso Bastos Editor, São Paulo, 1998, p. 143.

¹² **A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**, com ensaio e anotações de Nuno Rogeiro, Coimbra Editora, Portugal, 1996, p. 211.

¹³ Konrad Hesse **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, tradução de Luís Afonso Heck, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, p. 272.

timo interesse, bem como pelo Defensor do Povo e pelo Ministério Público, sendo indispensável “esgotar, previamente, as vias judiciais.”¹⁴

Na República Austríaca, com previsão no art. 144 da Constituição promulgada em 1º de outubro de 1920, revisada por sucessivas Leis Constitucionais, “*El Tribunal Constitucional conocerá de los recursos contra las resoluciones (decisiones o providencias) de las autoridades administrativas cuando el autor del recurso alegue haber sido lesionado por la resolución en un derecho garantizado por ley constitucional o perjudicado por la aplicación de un decreto ilegal, de una ley anticonstitucional o de um tratado internacional contrario a derecho*” *omissis*, sendo certo que “*La reclamación sólo podrá interponerse después de agotada la vía administrativa cuando ésta proceda.*”¹⁵

3.1. Arguição Direta

A **arguição direta** encontra previsão no art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.882/99, destinando-se o pleito acionário, com feição autônoma, a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, qualquer que seja a esfera estatal testilhada pela prática do ato indigitado de lesivo.

Com vistas ao tema, o Prof. Juliano Taveira Bernardes, no trabalho citado, considerou que, não havendo a lei integradora restringido a natureza do ato lesivo, “*há de se entender abrangidos também os atos omissivos.*”¹⁶

Destarte, apesar da expressiva ampliação do rol dos atos possíveis de serem submetidos a esta modalidade de controle, é força convir que a ela só se submetem aqueles que evidenciam desconformidade com **preceito fundamental**.

Em escólio ao texto, enfatizaram os Profs. Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas, *in expressis*:

“Em que pese o alargamento do espectro dos atos atingidos pelo controle, as hipóteses de sua utilização restringem-se drasticamente, em relação aos demais instrumentos. Isto porque, ao contrário do que ocorre nas outras formas de controle concentrado (exercido

¹⁴ **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**, Cejup, Belém, 1999, p. 330.

¹⁵ **Constituições Estrangeiras**: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília-DF, 1988, p. 93.

¹⁶ Trab. cit., p. 2.

através da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade), em que se discute qualquer norma constitucional, na nova hipótese só cabe a ação se houver desrespeito a preceito fundamental. Este fator faz uma enorme diferença, pois não se trata de fiscalizar a lesão a qualquer dispositivo da que é, sem dúvida, a maior Constituição do mundo, mas tão-somente aos grandes princípios e regras basilares deste diploma. Dentre estes, podemos de antemão frisar alguns que, dada sua magnitude e posição ocupada na Carta, não deixam dúvida quanto à caracterização de fundamentais: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos garantias individuais.” (O grifo não é do original).¹⁷

Da mesma forma que os remédios constitucionais, como ações que visam a tutelar garantias de direitos de determinada natureza, **a argüição de descumprimento de preceito fundamental** é, também, uma ação documentária, na idéia de que a petição vestibular deve conter-se dos requisitos enumerados no art. 3º da Lei regulamentadora, sob pena de indeferimento, não sendo “*caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta lei ou for inepta.*”¹⁸

É evidente, de outro prisma, o caráter de subsidiariedade da **argüição de descumprimento de preceito fundamental**, haja vista que a Lei nº 9.882/99, no seu art. 4º, § 1º, faz menção a que “*Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade.*”¹⁹

¹⁷ “Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Avocatória”, **Revista Virtual nº 8**, Subchefia para Assuntos Jurídicos, www.planalto.gov.br, Brasília-DF, janeiro, 2000, p. 1.

¹⁸ Lei nº 9.882/99, art. 4º.

¹⁹ Em ocasião recente, o Supremo Tribunal Federal não conheceu de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ajuizada pelo Governador do Estado do Ceará, contra ato do Tribunal de Justiça do mesmo Estado que deferira reclamação em mandado de segurança para determinar o pagamento de gratificações, sem a observância do preceito constitucional que proíbe a sua concessão ‘em cascata’, ao argumento de que “É incabível a argüição de descumprimento de preceito fundamental quando ainda existente medida eficaz para sanar a lesividade (Lei nº 9.882, art. 4º, § 1º).” (**Informativo do STF nº 189**, p. 1).

3.2. Arguição Indireta ou Incidental

Ao lado da modalidade **direta**, a Lei nº 9.882/99 cogitou, do mesmo modo, da **arguição de descumprimento de preceito fundamental indireta** ou **incidental**, o que fez no art. 1º, parágrafo único, do seu texto.

O instituto em comento permite a deflagração da **arguição de descumprimento de preceito fundamental** quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional, suscitada em sede de controle difuso, sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à *Lex Legum*, constituindo a decisão prévia antecedente lógico do julgamento do pleito, no que atine à questão de fundo.²⁰

Esta modalidade apropriada de **arguição** permite, assim, a antecipação do deslinde de questão constitucional prévia, por acórdão do Supremo Tribunal Federal, necessário ao julgamento final do pleito, arredando dessa forma, a necessidade de que seja percorrido todo um *iter* procedimental, até que a decisão definitiva da Corte seja comunicada ao Senado Federal, que poderá suspender, sendo hipótese de lei ou ato normativo, a eficácia do ato indigitado,²¹ com a vantagem adicional da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante.²²

Exalçando a excelência da solução oferecida pela lei, nesse particular, estadeou o Prof. Gilmar Ferreira Mendes que a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, através da **arguição de descumprimento de preceito fundamental**, evita “*que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da “interpretação autêntica” do Supremo Tribunal Federal.*”²³

Outro destacado aspecto desse influente instituto reside na competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para dirimir questões constitucionais contravindas sobre lei ou ato normativo municipal, como alternativa à extensão dessa atribuição aos Tribunais estaduais para o controle de constitucionalidade, por via de ação direta, de normas comunais em face da Constituição Federal.

²⁰ De acordo com o Prof. Juliano Taveira Bernardes, “Apesar da ausência de disciplinamento legal a arguição incidental prevista no art. 1º, par. único, inciso I, da Lei 9.882/99 pode ser suscitada quando em tramitação o processo perante qualquer órgão judicial, inclusive o próprio STF, desde que não definitivamente julgado.”, *in ob. cit.*, p. 3.

²¹ CF, art. 52, inc. X.

²² Lei n.º 9.882/99, art. 10, § 3º.

²³ *Ob. cit.*, p. 8.

Acentue-se que o ajuizamento da **arguição indireta** ou **incidental** junto ao Supremo Tribunal Federal, submetendo a questão constitucional ao exame da Suprema Corte, permitido pelo novo instituto, gera o que o Prof. Arnoldo Wald classificou de “*cisão entre a questão constitucional e as demais suscitadas pelas partes*”²⁴, uma cisão funcional, em última análise, no plano vertical.

Dá-se, aqui, o que o Prof. J.J. Gomes Canotilho denomina de **controle misto**, pelo qual se “*Permite o trânsito do controle difuso para o controle concentrado*”, do qual resulta a generalização dos efeitos jurídicos da decisão, com força vinculante.²⁵

Instituiu-se, assim, uma ponte entre os sistemas difuso e o concentrado, posto que a decisão que vier a ser prolatada pela Excelsa Corte se projetará sobre as ações em curso.

4. ASPECTOS PROCESSUAIS

4.1. Legitimação Ativa

A legitimação ativa para a propositura da **arguição de descumprimento de preceito fundamental**, em qualquer de suas modalidades, foi conferida aos mesmos legitimados para a deflagração da ação direta de inconstitucionalidade, na condição, portanto, de substitutos processuais.²⁶

Dessa maneira, podem instaurar a **arguição de descumprimento de preceito fundamental** o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.²⁷

²⁴ “O Incidente de Constitucionalidade, Instrumento de Uma Justiça Rápida e Eficiente”, **Revista Jurídica Virtual** n° 7, Subchefia para Assuntos Jurídicos, www.planalto.gov.br, Brasília-DF dezembro, 1999, p. 1 e 2.

²⁵ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Almedina, Coimbra, Portugal, 3ª. ed., p. 919-20 e 958-9.

²⁶ Lei n° 9.882/99, art. 2º, inc. I.

²⁷ CF, art. 103, e Lei n° 9.882/99, art. 2º.

Importa salientar que o projeto aprovado pelo Congresso Nacional contemplava, ainda, com legitimação ativa, “*qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do poder público*”, o que foi vetado pelo Presidente da República, sob alegação, ao tempo, de contrariedade ao interesse público, em vista do “*comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal, conseqüência da inevitável multiplicação demanda*”.²⁸

Apesar disso, restou facultado a qualquer interessado, lesado ou ameaçado de lesão por ato do Poder Público, através de representação, encarecer a propositura de **arguição de descumprimento de preceito fundamental** ao Procurador-Geral da República que, examinando os fundamentos jurídicos da pretensão, decidirá do cabimento, ou não, do seu ingresso em juízo.²⁹

Aduza-se que o Supremo Tribunal Federal, havendo erigido a demonstração de pertinência temática à condição objetiva de requisito qualificador da legitimidade ativa *ad causam* para a instauração do controle normativo abstrato, circunstância aplicável à hipótese, a ela submeteu as ações ajuizadas por Mesa de Assembléia Legislativa e a da Câmara Legislativa do Distrito Federal, por Governador de Estado e do Distrito Federal, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional.³⁰

Sem embargo, ainda por decisão da Suprema Corte, adequada à **arguição de descumprimento de preceito fundamental**, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ativamente legitimados, possuem, ademais, capacidade processual plena, além de postulatória, podendo, em conseqüência, praticar, na ação, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado.³¹

Proposta a **arguição de descumprimento** telada, a evidência leva a concluir pela impossibilidade de que dela o argüente venha a desistir, con-

²⁸ Mensagem nº 1.807, publicada no DO de 06.12.99, Seção I, p. 10. Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas, *in ob. cit.*, p. 71 e 72

²⁹ Lei nº 9.882/99, art. 2º, § 1º.

³⁰ RTJ nº 158, p. 441 e segs.

³¹ RTJ nºs. 144, p. 3 e segs. e 163, p. 434.

forme norma proibitiva, aplicável à espécie, albergada no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.³²

4.2. *Legitimação Passiva*

Tratando-se de **processo objetivo**, conforme assentado em outro momento, no qual, a rigor, não existem partes e lide, ainda assim, com certo temperamento, é viável falar-se em legitimidade ativa e passiva na **arguição de descumprimento de preceito fundamental**. As partes, aqui, são meramente formais.

Como bem observou o Prof. Gilmar Ferreira Mendes, indicando, em nota de rodapé, lição do Prof. Celso Ribeiro Bastos e aresto da relatoria do Min. Moreira Alves, o processo objetivo “*Não se destina, pela sua própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica.*”³³

Cabe ter presente, neste ponto, por adequado à hipótese, já ponderada a natureza de modalidade de controle concentrado **da arguição de descumprimento de preceito fundamental** e a sua viabilização através de processo objetivo, o precioso magistério do Prof. J.J. Gomes Canotilho, *in litteris*:

*“Não obstante se ter falado de legitimidade processual activa e de legitimidade processual passiva, o processo abstracto de controlo e de normas não é um processo contraditório, no qual as partes ‘litigam’ pela defesa de direitos subjectivos ou pela aplicação de direitos subjectivamente relevantes. Trata-se, fundamentalmente, de um processo objectivo sem contraditores, embora os autores do acto normativo submetido a impugnação possam ser ouvidos (daí a utilidade de se falar em legitimidade processual passiva).”*³⁴

Configura, assim, a **arguição de descumprimento** em voga típico processo objetivo, destinado, essencialmente, a evitar ou reparar lesão a **preceito fundamental**, resultante de ato do Poder Público.

Tomando em conta a reserva acima, são legitimados passivos, nesta modalidade de tutela, posto que chamados a prestar informações nos au-

³² Reg. Interno do STF, art. 169, § 1º.

³³ **Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos**, Saraiva, São Paulo, 1990, p. 250.

³⁴ Ob. cit., p. 943 e 944.

tos,³⁵ as entidades, órgãos e autoridades responsáveis pela edição do ato testilhado que importe em lesionar ou ameaçar de lesão preceito fundamental. Esse ato lesivo ou próximo de sê-lo pode decorrer, sabidamente, de lei ou instrumento normativo federal, estadual ou municipal, anterior ou não à Constituição vigente, assim como de efeito concreto.

4.3. *Litisconsórcio*

É viável, em relação à **argüição de descumprimento de preceito fundamental**, o que não descaracteriza a natureza de processo objetivo própria da medida, a formação de litisconsórcio ativo e passivo, com ponderações.

No pólo ativo, a relação litisconsorcial será facultada, apenas, àqueles que disponham, **autonomamente**, de qualidade para fazer instaurar a **argüição de descumprimento**, em última análise, será possibilitada somente às entidades, órgãos e autoridades relacionada no art. 103 da Constituição Federal, por remessa do art. 2º, inc. I, da Lei nº 9.882/99, objeto do exame.³⁶

No ângulo passivo, a formação litisconsorcial só se legitima em face das entidades órgãos e autoridades das quais teria emanado o ato enfrentado.³⁷

4.4. *Medida Liminar*

A Lei nº 9.882/99 hospeda, ainda, a possibilidade da concessão de medida liminar, por decisão da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal.³⁸

O expediente cautelar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da **argüição de descumprimento de preceito fundamental**, salvo se decorrente de coisa julgada.³⁹

Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso da Suprema Corte, o relator poderá conceder a liminar, **ad referendum** do Tribunal Pleno.⁴⁰

³⁵ Lei nº 9.882/99, art.6º, *caput, in fine*.

³⁶ ADIn nº 79-9-DF, DOU de 05.06.92

³⁷ ADIn nº 1.254-1-RJ, DOU de 20.06.95.

³⁸ Lei nº 9.882/99, art. 5º, *caput*.

³⁹ Lei nº 9.882/99, art. 5º, § 3º.

⁴⁰ Lei nº 9.882/99, art. 5º, § 1º.

4.5. Pedido de Informações

Apreciado o pedido de liminar, sendo o caso, o relator da matéria solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato impugnado, que devem ser prestadas no prazo de dez dias.⁴¹

É facultado ao relator, ainda, se entender necessário, ouvir as partes nos processos que ensejaram a **arguição**, requisitar informações adicionais, designar peritos ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.⁴²

Dá-se, nessa quadra, o que foi estabelecido, também, para o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da declaratória de constitucionalidade.⁴³

Faz-se indispensável, na **arguição de descumprimento de preceito fundamental**, a audiência prévia do Procurador-Geral da República, como em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.⁴⁴

4.6. Julgamento

Ultrapassada a fase preambular, a **arguição de descumprimento de preceito fundamental** será submetida ao Pleno do Supremo Tribunal Federal.⁴⁵

Efetuada o julgamento, com a presença de, pelo menos oito Ministros,⁴⁶ a **arguição de descumprimento de preceito fundamental** será julgada procedente ou improcedente, se num ou noutro sentido votarem seis dos seus integrantes.⁴⁷

Julgada procedente a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, determinando o presidente da Corte o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.⁴⁸

⁴¹ Lei nº 9.882/99, art. 6º.

⁴² Lei nº 9.882/99, art. 6º, § 1º.

⁴³ Lei nº 9.868/99, de 10.11.99, arts. 9º, § 1º e 20, § 1º, respectivamente.

⁴⁴ CF, art. 103, § 1º.

⁴⁵ CF, art. 97. Princípio da Reserva de Plenário.

⁴⁶ Lei nº 9.882/99, art. 8º e Reg. Interno do STF, art. 173.

⁴⁷ Segundo o Prof. Juliano Taveira Bernardes, “pela interpretação compreensiva da norma prevista no art. 5º, *caput*, que condiciona a concessão da medida liminar à observância do quorum mínimo da maioria absoluta dos membros do Tribunal”, ob. cit., p. 4.

⁴⁸ Lei nº 9.882/99, art. 10, *caput* e § 1º.

A decisão da qual se cuida terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, em todas as esferas e níveis,⁴⁹ sendo, demais disso, irrecorrível e irrescindível.⁵⁰

Advirta-se que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de **arguição de descumprimento de preceito fundamental**, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços dos seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

O dispositivo retro reflete influência do art. 282, n.º 4., da Constituição Portuguesa em vigor, redigido *in expressis*:

*“Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.”*⁵¹

5. CONCLUSÃO

O instrumento perquirido, investigado em seus múltiplos e importantes aspectos, surge em nosso ordenamento constitucional sob o signo da melhor expectativa.

O sistema de tutela fundamental do País vê-se, assim, acrescido de importante modelo de controle concentrado, de eficiente utilização no contexto jurídico de outros povos, com força de conceder-lhe predicamento de excepcional realce.

Incumbirá, agora, ao Supremo Tribunal Federal, através de diuturna, sólida e percuciente jurisprudência construtiva, edificar a **arguição de descumprimento de preceito fundamental**, definindo-lhe contorno próprio. ◆

⁴⁹ Lei nº 9.882/99, art. 10, § 3º.

⁵⁰ Lei nº 9.882/99, art. 12.

⁵¹ **Constituição da República Portuguesa**, anotada por Vinício A.P. Ribeiro, Almedina, Portugal, Coimbra, 1993, p. 364.

REPRESENTAÇÃO DO CONDOMÍNIO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

JOSÉ GERALDO DA FONSECA

Juiz do Trabalho

1. INTRODUÇÃO

1 - Ouvi do Prof. Sylvio Capanema que o diabo se faz representar em todos os segmentos da vida moderna, mas no condomínio faz questão de ir pessoalmente¹. Arelados uns aos outros pelo estigma dos quatro “c” (*carnô, cano, criançã e cachorro*), os comunheiros, como inimigos íntimos, vivem, permanentemente, numa verdadeira praça de guerra. Nada é tão fugaz quanto a paz condominial.

2 - A representação do condomínio no juízo trabalhista é outra questão tormentosa. Quando não é o síndico quem acorre às audiências, mas alguém preposto por ele, como o subsíndico, o membro do conselho fiscal, um empregado do próprio condomínio, da administradora do prédio ou um simples morador, as decisões costumam ser imprevisíveis, desde a decretação da revelia de corpo presente, a confissão ficta com defesa escrita, preposto, documentos e testemunhas defronte o juiz e o adiamento desnecessário da sessão para que o síndico venha pessoalmente a juízo, ainda que a matéria seja unicamente de direito ou, se de fato e de direito, a de fato esteja suficientemente esclarecida com os documentos vindos com a inicial ou com a defesa. Abstraído o gosto pelas novidades, o que há nessas decisões é puro desconhecimento da natureza jurídica do condomínio e do que se deve entender por sua representação legal, além, claro, de inconfessada denegação da justiça e óbvia quebra do devido processo legal².

3 - Autor e réu têm de comparecer à audiência independentemente da presença de seus advogados (CLT, art. 843). O patrão pode substituir-se pelo *gerente* ou *qualquer outro preposto* que tenha conhecimento dos fatos

¹ Preleção feita no Programa **Direito em Debate**, exibido pela TVE, sob patrocínio da Ed. Forense.

² CF/88, art. 5º, II e LV.

(CLT, art. 843, §1º). A dicção “*gerente ou qualquer outro preposto*” induziu a doutrina e a jurisprudência a suporem que se o gerente tem de ser empregado, então a locução “*qualquer outro preposto*” deve ser lida como “*qualquer outro empregado*”, pois se não fosse intenção da lei que a preposição recaísse no gerente, função de imediata confiança do patrão, ou outro empregado que por ele responda, na ausência do gerente, não haveria por que se referir expressamente a *gerente*, bastando a menção a “*qualquer outra pessoa*”. Essa ilação é fruto de um sofisma. Nem gerentes são necessariamente empregados nem a exigência de que o preposto seja empregado está na lei. Em tese, portanto, o patrão pode comparecer pessoalmente a uma audiência trabalhista ou credenciar quem o faça por ele (seu gerente, empregado ou não, ou qualquer outra pessoa, empregada ou não, desde que conhecedora dos fatos relevantes da lide, mesmo porque as declarações do preposto obrigam o preponente (CLT, art. 843, §1º). Doutrina e jurisprudência uniformes exigem, entanto, que o preposto seja necessariamente empregado do réu.

2. CONCEITO DE CONDOMÍNIO

4 - Embora conhecido entre os romanos³, o instituto do condomínio horizontal, como hoje se tem, é de construção recente, fruto do bulício da vida moderna. “*Condomínio*” (*cum*: com + *dominus*: senhor) significa “*domínio de vários*”. É forma atípica de domínio. Pode haver condomínio sobre qualquer coisa móvel, imóvel ou semovente. O condomínio é uma pessoa formal. Constitui-se de uma pluralidade de sujeitos coligados por necessidades e fins comuns, sob um mesmo regramento jurídico. É um complexo que alberga dois tipos de direito patrimonial: a propriedade plena e exclusiva, representada pela fração ideal do terreno e exercida sobre a unidade autônoma, e o condomínio permanente e indivisível, que recai sobre as áreas de uso comum e o terreno no qual se edifica a propriedade. Como todo direito de propriedade, o condomínio é um direito real. O patrimônio condominial é *universitas facti* e não *universitas juris*, pois não tem personalidade jurídica distinta da de seu titular nem existe uma pessoa jurídica

³ Não havia, é certo, divisão do direito de propriedade em *propriedade exclusiva* (sobre a unidade habitacional) e *co-propriedade* (das áreas comuns), nem se admitia a divisão da casa em planos horizontais, pois não se dissociava a propriedade da casa da propriedade do solo (*aedificium solo cedit et ius soli sequitur*). O proprietário do terreno onde se edificava a propriedade era o *dominus*.

titular do patrimônio que resulta da conjunção das unidades autônomas e áreas comuns.

5 - Nos condomínios compostos por dois ou mais blocos de apartamentos ou casas, ainda que a convenção ou o regimento interno permitam a contratação de empregados por blocos, a responsabilidade pelos contratos de trabalho é do condomínio como um todo e não deste ou daquele bloco. É desarrazoado supor que se possa demandar em face de um ou de outro bloco e não do condomínio em si. Tais divisões são comuns na prática, mas têm apenas utilidade doméstica, pois o art. 3º da Lei nº 4.591/64 não reconhece a divisão do condomínio.

3. O PREPOSTO DO EMPREGADOR

6 - Empregador é empresa (CLT, art. 2º). O conceito de empresa não é unívoco; é econômico e não jurídico. *Empresa é a atividade do empresário*⁴. Equiparam-se ao empregador o profissional liberal, a família⁵, o condomínio, o espólio, a massa falida, o sindicato, a instituição benemerente, a igreja, a associação recreativa ou qualquer outra que admita empregados como tais. Basta que assuma o risco da atividade (ainda que não-econômica, como a família), admitindo, salariando e dirigindo a prestação pessoal dos serviços (CLT, art. 3º) para que se tenha num dos pólos dessa relação uma empresa, isto é, uma atividade empresarial cujos atos interessam ao direito.

7 - Não está em lugar algum da CLT ou da legislação esparsa que o representante do réu deva exibir “*carta de preposto*”. Também não há amparo legal em se exigir reconhecimento de firma⁶. Trata-se de preciosismos que ferem os direitos de cidadania e o princípio da reserva legal⁷. Prepostos eram espécie do gênero *agentes auxiliares do comércio*⁸. Por transposição, e pelo fato de a expressão “*preposto*” constar do §1º do art. 843 da CLT, parte da doutrina e a praxe recomendam que o representante do patronato se

⁴ BULGARELLI, Valdério. *A Teoria Jurídica da Empresa*, Ed. RT.

⁵ O termo “*família*” tanto indica a “*família legítima*” como a “*união estável*” e a “*comunidade familiar*” ou qualquer grupamento de parentes e não-parentes, coabitando a casa.

⁶ A Lei nº 8.952, de 13/12/94 deu nova redação ao art. 38 do CPC e aboliu até mesmo o reconhecimento de firma nas procurações judiciais.

⁷ CF/88, art. 5º, II: “*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. A “*carta de preposto*” não tem previsão legal. Não a exigem a L. nº 6.830/90 nem o CPC, aplicáveis subsidiariamente ao processo do trabalho (CLT, art. 769) nem a própria CLT.

⁸ Código Comercial, arts. 35 a 118.

muna dessa “*carta*”. Como não se trata de exigência legal, o representante do demandado pode identificar-se perante o juiz por meio de qualquer documento que o vincule ao réu.

8 - As atribuições do preposto começam e se exaurem na audiência. A preposição é um tipo de mandato que não outorga outros poderes senão os de *presentar* o empregador, transigir e confessar, mas não o de substituir o preponente no curso do processo. Extraem-se estas ilações do fato de que as atribuições do preposto se acham insertas num dos parágrafos do art. 843 da CLT, que trata da audiência de conciliação e julgamento. Logo, prepõe-se alguém “*ad hoc*”, isto é, *para o ato, para a audiência*. Não fosse assim, a faculdade patronal viria inscrita no art. 791, que trata do “*jus postulandi*” e, neste caso, os poderes outorgados ao prepostos subsistiriam no curso do processo, o que não ocorre. O preposto não precisa ser contemporâneo da parte. Sua admissão após o término da relação de emprego que se discute nos autos não enseja, só por isso, confissão ficta. Tudo o que dele se exige é que conheça os fatos. Esse conhecimento nem precisa ser ocular ou presencial. O acesso e o manuseio de documentos nas dependências da empresa ou a ciência dos fatos por meio de entrevistas a empregados contemporâneos do autor podem ser suficientes para que se assenhereie dos fatos da lide⁹.

9 - Fatos que o preposto não pode desconhecer são, apenas, os relevantes para o deslinde da controvérsia. Questões veniais, se não influem no teor do julgamento, são de somenos importância e dele não podem ser exigidas. É tão confesso o preposto que desconhece os fatos da lide quanto o que silencia propositadamente ou tergiversa sobre todos, ou alguns, no intuito de escamotear a verdade. A confissão que deflui da ignorância do preposto é *ficta*, isto é, fictícia, presumida e *juris tantum*, pois admite prova em contrário. O condomínio tem o direito de colher o depoimento pessoal do autor e de produzir outras provas, notadamente a testemunhal, para esboroar a presunção que milita em seu desfavor como consequência do teor do depoimento do preposto.

10 - A representação do condomínio em juízo se faz na pessoa do síndico ou do administrador¹⁰. Ainda que o comparecimento das partes à

⁹ GONÇALVES, Emílio. **O Preposto do Empregador no Processo do Trabalho**. Ed. LTr, 2ª ed., 1986, p. 25.

¹⁰ CPC, art. 12, IX c/c Lei nº 4.591/64, art. 22, §1º, “a” e C. Civil, art. 17.

audiência seja obrigatório, isso não significa que a presença física do síndico ou do administrador seja exigida. Não há qualquer nulidade na representação do condomínio por outra pessoa que não o síndico ou administrador. Quando se diz que o síndico representa legalmente o condomínio, em juízo ou fora dele, está-se afetando a uma pessoa natural um feixe de responsabilidades relativas ao consórcio condominial que é, por natureza, despersonalizado¹¹.

11 - Requerimentos de ouvida *pessoal* do síndico, embora comuns no foro, são picuinhas destituídas de fundamento. O que se deve ter claro é que representação legal é uma coisa, e judicial, outra. Aquela, compete ao síndico ou ao administrador, exclusivamente. Decorre de lei. Esta, ao síndico, ao administrador ou a qualquer preposto de um ou de outro. Se o síndico, na condição de representante legal do condomínio, e nos limites do seu poder de administração, nomeia preposto, e este, por definição legal, obriga o condomínio com as declarações que fizer (CLT, art. 843, §1º), o condomínio deve suportar o risco de sua culpa *in eligendo* se credenciar preposto inapto ou desinformado.

12 - Se o preposto do condomínio for o próprio síndico, basta que apresente o livro de atas onde conste o registro da ata da assembléia em que foi eleito e requeira a transcrição sumária nos autos do processo de que fez prova dessa qualidade (CC, art. 17 c/c CPC, art. 12, IX c/c Lei nº 4.591/64, art. 22, §1º), ou junte cópia autêntica desse documento (CLT, art. 830), com a defesa (CLT, arts. 843, §1º e 845) ou no prazo que o juiz assinar. Se a representação se faz por outro preposto, basta a exibição da carteira profissional onde conste a formalização do contrato de emprego ou de outro documento qualquer que comprove a condição de empregado do condomínio ou do administrador. O reconhecimento da pessoa do preposto, pelo autor ou pelas testemunhas, em audiência, basta para a formalização da representação. Tratando-se de preposição por administrador, basta o contrato de administração. O juiz fará constar em ata um sumário desses fatos, regularizando a representação.

¹¹ A impropriedade da argumentação de que apenas o síndico possa *presentar* pessoalmente o condomínio fica evidente se se conceber a hipótese de duas ações trabalhistas distribuídas perante Varas distintas, em comarcas distantes uma da outra, cujas audiências se realizassem no mesmo dia e no mesmo horário, ou em horários tais que torne impossível ao síndico estar presente a ambas, e não fosse viável, por qualquer motivo, adiar uma ou outra. Ou, por outra, naquelas hipóteses, não incomuns, em que nem há síndico, e o único empregado do condomínio é justamente o autor da ação.

4. ADVOGADO-PREPOSTO

13 - Se se tratar de advogado-empregado, nada impede que o advogado do réu cumule função de preposto. A lei não o proíbe. É certo que há dificuldades técnicas em situações como essas, em audiências, mas nada que não se resolva com um pouco de bom senso. Abstraída a questão ética, em regra, diz-se que o advogado da parte não pode cumular função de preposto porque não pode, como preposto, ouvir o depoimento pessoal do autor, mas também não pode, como advogado, ser retirado da sala de audiências para que se tome o depoimento do autor. Como a parte que ainda não depôs não pode presenciar o depoimento da outra (CPC, art. 344, parágrafo único), e sendo imperativo legal que o autor seja ouvido em primeiro lugar (CPC, art. 344 c/c art. 413), basta que o juiz inverta a ordem (*mas não o ônus!*) da prova, ouvindo, primeiro, o advogado-preposto, como representante do réu, e, depois, o autor. Se se tratar de advogado não-empregado, a solução depende do entendimento da Vara sobre a necessidade ou não de que o preposto seja empregado do réu.

5 - CONDOMÍNIO DE FATO

14 - O art. 9º da Lei nº 4.591/64 (*que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias*) determina a elaboração, por escrito, de uma convenção e de um regimento interno da edificação ou do conjunto de edificações e a sua aprovação por dois terços das frações ideais que compõem o condomínio. São obrigatórios o registro da convenção e a averbação das alterações posteriores no Registro de Imóveis (art. 9º, §1º). Diz-se, *de fato*¹², o condomínio formado sem observância dos requisitos do art. 9º da Lei nº 4.591/64. Em caso de demanda de um condomínio de fato, todos os condôminos devem ser citados nominalmente, mas a representação da massa comunheira pode dar-se através de qualquer condômino. No processo do trabalho não se exige a citação *in faciem* (pessoal). Basta que a notificação tenha sido corretamente encaminhada ao endereço do réu para que se presuma a citação válida. O ônus de provar o seu não-recebimento é da parte e não do juízo.

¹² Exemplos típicos de “condomínios de fato” são esses conjuntos de casas ou de apartamentos edificadas em ruas sem saída (normalmente, a revelia do poder público), com muros, grades, alarmes, quebra-molas, guaritas, onde se contratam vigias, armados ou não, pagos mediante rateio entre os moradores.

6 - CONDÔMINO PODE SER TESTEMUNHA?

15 - Pode. Não há nada na lei que o impeça. Em tese, seria *impedido*, porque parte na causa (CPC, art. 405, § 2º, II), ou *suspeito*, porque interessado no litígio (CPC, art. 405, § 3º, IV). Parte, contudo, é a massa comunheira e não os condôminos, individualmente considerados. Embora o juiz deva aferir com dobrado cuidado o teor desse depoimento (CPC, art. 131 c/c art. 405, § 4º), nada o impede de colhê-lo. Prova é a soma dos meios produtores de certeza¹³. A prova testemunhal é sempre possível, salvo se a lei dispuser de modo diverso (CPC, art. 400). Todos podem depor como testemunhas, excetos os incapazes, os impedidos e os suspeitos (CPC, art. 405)¹⁴.

7 - CONCLUSÃO

1ª - O réu pode substituir-se em audiência pelo gerente ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento dos fatos. A presença física do síndico não é obrigatória. A lei não exige “*carta de preposição*” nem que o preposto tenha sido contemporâneo do autor ou seja empregado do réu. A “*carta de preposição*” é exigida por força da praxe forense e a condição de empregado, por conta de construção doutrinária e jurisprudencial.

2ª - Condomínio é uma pessoa formal, pluralidade de sujeitos ligados por necessidades e fins comuns. Não existe uma pessoa jurídica titular do patrimônio que resulta da conjunção das unidades autônomas e áreas comuns. Seu patrimônio é uma universalidade de fato.

3ª - O condomínio é representado em juízo, ativa e passivamente, pelo síndico ou administrador, mas a sua presença física não é exigível. Como representante do empregador, tanto o síndico quanto o administrador podem prepor empregados (do condomínio ou da administradora),

¹³MITTEMAIER, *Traité des Preuves*, Paris, Dalloz.

¹⁴São *incapazes* o interdito por demência, o menor de 16 anos, o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam e aquele que, ao tempo dos fatos, foi acometido por enfermidade ou debilidade mental que impeça o discernimento, ou o que, ao tempo do depoimento, não esteja habilitado a transmitir as percepções. São *impedidos* o cônjuge, o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral até terceiro grau de qualquer das partes, quem é parte na causa e o que intervém em nome de uma parte, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes. São *suspeitos* o condenado por crime de falso testemunho, o que, por seus costumes, seja indigno de fé, o inimigo capital da parte ou o seu amigo íntimo e o que tiver interesse no litígio.

subsíndicos, membros do conselho fiscal ou qualquer outro condômino que tenha conhecimento dos fatos.

4ª - Advogado pode cumular função de preposto e condômino pode testemunhar.

5ª - Faz-se a citação do condomínio de fato na pessoa de todos os condôminos, mas qualquer deles pode representar os comunheiros em juízo.◆

A TRANSAÇÃO PENAL COMO ATO DA DENOMINADA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA *

ROGÉRIO PACHECO ALVES

Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. INTRODUÇÃO

O advento da Lei nº 9.099/95, que, dentre outras medidas, atendendo ao comando constitucional (art. 98, I), instituiu e disciplinou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, proporcionou imensa euforia, atraindo os novos institutos despenalizadores não só as atenções dos operadores do direito mas, sobretudo, as esperanças de que um “novo processo penal” se inaugurava a partir daquele momento. E, indubitavelmente, uma das maiores inovações trazidas pelo referido diploma legal foi justamente a denominada transação penal, cujas vantagens, entre várias, consistiriam na simplificação da resposta repressiva e, sobretudo, na considerável diminuição do número de procedimentos a cargo do juiz criminal, que finalmente poderia debruçar-se sobre a criminalidade de alta lesividade social, sobre as condutas realmente graves.

A razão de ser do instituto ora analisado prende-se, intimamente, à adoção do princípio da obrigatoriedade em nosso sistema. Como não se ignora, sempre se discutiu, sobretudo em sede doutrinária, o alcance de tal princípio da ação penal pública. Havendo indícios quanto à autoria e à existência do delito, presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, estaria o Promotor de Justiça obrigado ao oferecimento de denúncia, sempre? Alguma mitigação seria concebível nesta matéria? De forma inovadora, autores da estatura de EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA e JOSÉ FREDERICO MARQUES sempre advogaram, partindo da redação adotada pelo art. 28 do Código de Processo Penal (“Art. 28. *Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do*

* O presente estudo obteve o 2º lugar no “Concurso de Ensaios Jurídicos – Prêmio Luiz Carlos Caffaro”, promovido pela FEMPERJ e pelo CEJUR.

inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”), a possibilidade de o Parquet, por razões de política criminal e sobretudo naquelas infrações “de bagatela”, deixar de oferecer a denúncia, atendendo, assim, aos fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil). Argumentava-se que a base legal de tal entendimento repousava na imprecisa expressão “razões invocadas” utilizada pelo legislador no sobredito art. 28. Nas palavras do próprio FREDERICO MARQUES, “... não dizendo a lei processual que razões são essas, nada impede que o Ministério Público invoque motivos de oportunidade condizentes com o que exige o bem comum.”⁽¹⁾

A tese, no entanto, não sensibilizou a comunidade jurídica. Na criminalidade de bagatela e naquelas hipóteses em que a prescrição retroativa já se mostrava provável mesmo antes do oferecimento da denúncia – a chamada prescrição pela pena ideal – preferiram os Tribunais, e a própria doutrina, trabalhar com outros argumentos (atipicidade ou falta de interesse de agir), deixando incólume o princípio da legalidade, consagrado pelo art. 24 da Lei de Ritos.

Tal quadro, hoje não temos nenhuma dúvida a esse respeito, sofreu drástica alteração com o advento da Constituição Federal de 1988, cujo art. 98, ao admitir a *transação penal* nas infrações de menor potencial ofensivo, disponibilizou ao Ministério Público, mesmo naquelas hipóteses em que o oferecimento da denúncia já se apresente possível, caminho despenalizador no qual o consenso ganha extraordinário valor. Agora, possível será, presentes os requisitos previstos na Lei nº 9.099/95 (parágrafo 2º do art. 76), que antes de inaugurada a persecução criminal em juízo, se busque a satisfação da pretensão sancionatória do Estado por caminho menos gravoso ao autor da conduta criminosa, impondo-se-lhe penalidade pecuniária ou restritiva de direitos da qual não resultarão os efeitos próprios da condenação criminal. Mitiga-se, assim, o princípio da obrigatoriedade, até então inflexível, merecendo destaque, a esse respeito, a lição, dentre

⁽¹⁾ **Estudos de Direito Processual Penal**, ed. Forense, 1ª edição, p. 106.

outros⁽²⁾, do Professor e Procurador de Justiça aposentado JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *in verbis*:

*“Essa iniciativa, decorrente do princípio da oportunidade da propositura da ação penal, é hipótese de discricionariedade limitada, ou regrada, ou regulada, cabendo ao Ministério Público a atuação discricionária de fazer a proposta, nos casos em que a lei o permite, de exercitar o direito subjetivo de punir do Estado com a aplicação de pena não privativa de liberdade nas infrações penais de menor potencial ofensivo sem denúncia e instauração de processo. Essa discricionariedade é a atribuição pelo ordenamento jurídico de uma margem de escolha ao Ministério Público, que poderá deixar de exigir a prestação jurisdicional para a concretização do **ius puniendi** do Estado. Trata-se de opção válida por estar adequada à legalidade, no denominado espaço de consenso, vinculado à pequena e média criminalidade, e não ao espaço de conflito, referente à criminalidade grave.”* (ob. cit., pág. 81) – g.n.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A DISCIPLINA LEGAL DA TRANSAÇÃO PENAL

O instituto da transação penal viu-se disciplinado pelo art. 76 da Lei nº 9.099/95, cuja redação é a seguinte:

“Art. 76 - Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º - Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º - Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

⁽²⁾ DAMÁSIO E. DE JESUS. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**, ed. Saraiva, 1997, p. 76; MARINO PAZZAGLINO FILHO *et alii*. **Juizado Especial Criminal**, ed. Atlas, 1997, p. 47; ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*. **Juizados Especiais Criminais**, ed. RT, 1996, p. 18; JÚLIO FABBRINI MIRABETE. **Juizados Especiais Criminais**, ed. Atlas, 1997, p. 81.

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º - Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º - Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º - Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º - A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.”

Pelo regramento da Lei, lavrado o termo circunstanciado pela Autoridade Policial (art. 69), que deverá ser imediatamente encaminhado ao Juizado Especial, o primeiro momento da fase pré-processual inicia-se com a audiência preliminar de conciliação, prevista no art. 72, momento adequado tanto para a eventual composição dos danos civis entre o autor do fato e a vítima, quanto para a própria formulação e aceitação da proposta de transação penal. Esta última, *cabível unicamente em se tratando de ação penal de iniciativa pública* ⁽³⁾, consistirá na possível aplicação imediata de sanção pecuniária ou restritiva de direitos, devidamente especificada pelo *Parquet*.

Na forma imposta pelo parágrafo 3º do dispositivo acima transcrito, o autor do fato deve ser assistido por advogado ou defensor público, condição de validade da transação penal. Aceita a proposição pelo autor do fato e

⁽³⁾ No sentido do texto: DAMÁSIO E. DE JESUS. ob. cit., p. 78; MARINO PAZZAGLINO FILHO *et alii*. ob. cit., p. 58; JÚLIO FABBRINI MIRABETE, ob. cit., p. 84.

seu advogado, que poderão inclusive formular contrapropostas ao *Parquet* com o objetivo, por exemplo, de diminuir a quantidade da pena pecuniária ou a duração e a forma de cumprimento da sanção restritiva de direitos, o transacionado é submetido à apreciação do Poder Judiciário (parágrafo 3º), a quem cabe a aplicação da sanção (parágrafo 4º), se presentes os requisitos de que cuida o parágrafo 2º.

A homologação da transação, de acordo com a expressa dicção legal (parágrafo 4º), não importará na caracterização de reincidência nem constará de anotações criminais (parágrafo 4º), registrando-se a aplicação da penalidade apenas com vistas a impedir que o autor do fato, no período de 5 (cinco) anos, se veja novamente alcançado pela medida benéfica.

Por último, da decisão que deixa de homologar a transação, ou daquela em que o juiz aplica a sanção de forma absolutamente contrária ao entabulado entre o autor do fato e o Ministério Público, cabe o recurso que a lei, no parágrafo 5º do art. 76, denomina de apelação, irrisignação que será apreciada pelas Turmas Recursais do próprio Juizado Especial Criminal (art. 82).

De tal disciplina, sumariamente exposta, surgem algumas sérias indagações, muitas das quais, *concessa maxima venia*, enfrentadas de forma artificial por alguns. Dentre inúmeras, podemos destacar as seguintes: 1) Utilizando-se a Lei da expressão “pena” (art. 76, *caput*), qual a natureza jurídica da decisão que aplica a medida sancionatória? Tem ela natureza condenatória?; 2) Sendo condenatória, importaria a sua aceitação pelo autor do fato na conseqüente aceitação de culpa (*nulla poena sine culpa*)?; 3) O procedimento instituído para a aplicação da sanção penal observa os princípios reitores da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da C.F./88) ou, de forma mais ampla, o próprio devido processo legal (art. 5º, LIV, da C.F./88)? Passemos ao tema.

3. O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO: ANÁLISE DO INSTITUTO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O perfeito conhecimento de determinado ordenamento ou sistema jurídico, como não se ignora, é tarefa intimamente ligada à precisa apreensão de seus princípios reitores. São os princípios as regras gerais que, irradiando-se por todo o sistema, conformarão, não só a atividade do aplicador do direito, mas também, em momento logicamente anterior, a própria elaboração da norma jurídica. Informam e conformam, inspiram e dão o preci-

so contorno, constituindo-se nos “*enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber.*”⁽⁴⁾ E, no campo da principiologia, o texto constitucional de 1988, seguindo a tendência de todos os países democráticos e atento aos documentos internacionais, é pródigo em consagrar um rol bastante diversificado, informativo dos mais variados ramos do direito, sobretudo o processual penal.

Aliás, como de há muito constatado pela doutrina, talvez seja o Direito Processual o que maiores reflexos receba do Direito Constitucional. Fala-se mesmo na existência de um verdadeiro *Direito Processual Constitucional*, não como disciplina cientificamente autônoma, mas, antes, como o campo do estudo jurídico no qual torna-se possível a identificação das regras constitucionais que informam a ciência processual.

O fenômeno da *constitucionalização do processo* não é novo. Na doutrina pátria, conforme nos informa JOSÉ FREDERICO MARQUES⁽⁵⁾, os clássicos PAULA BATISTA, PIMENTA BUENO e JOÃO MENDES JÚNIOR já manifestavam clara percepção do fenômeno. Entre os estrangeiros, KELSEN, COUTURE e LIEBMAN. Resumindo tudo o que se pode dizer sobre o tema, com a elegância de estilo que marca os seus escritos, e ressaltando o papel de fonte material do processo exercido pela Constituição, afirma FREDERICO MARQUES que:

“A lei ordinária precisa moldar seus imperativos segundo as diretrizes políticas da Lei Maior. Nos preceitos programáticos da Constituição, e em seu substrato ideológico, deita raízes o Direito Processual para plasmar o seu procedimento. Não é qualquer processo que pode ter esse nome, como lembra COUTURE, mas tão-só aquele que em consonância com os dogmas da democracia e as garantias aos direitos do homem, estructure as formas do juízo assegurando o respeito às liberdades individuais e aos direitos proclamados pela Constituição.”⁽⁶⁾

⁽⁴⁾ MIGUEL REALE JÚNIOR. *Lições Preliminares de Direito*, ed. Saraiva, 1988, p. 299.

⁽⁵⁾ JOSÉ FREDERICO MARQUES. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, ed. Saraiva, 1959, p. 17 e segs.

⁽⁶⁾ Ob. cit., p. 27.

Pois bem. O estudo do constitucionalismo universal demonstra que aquilo que hoje a quase totalidade dos textos concebem como *devido processo*, leito no qual vão repousar diversos outros princípios fundantes (v.g., ampla defesa e contraditório, igualdade, publicidade, juiz natural, duplo grau de jurisdição, presunção de não-culpabilidade *etc*), é fruto de lenta evolução política. Concebido inicialmente pela Magna Carta de 1215 como imposição dos barões feudais ao Rei João Sem Terra, foi encontrar no Direito Constitucional Americano o seu mais espetacular desenvolvimento, findando por alcançar, não só previsão expressa na Constituição daquele país (*Emenda V – “Nenhuma pessoa será obrigada a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou pronúncia de um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, corram nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço ativo; nenhuma pessoa será, pelo mesmo crime, submetida duas vezes a julgamento que possa causar-lhe a perda da vida ou de algum membro; nem será obrigada a depor contra si própria em processo criminal ou ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular; a propriedade privada não será desapropriada para uso público sem justa indenização.”*), como também uma aplicação bastante ampla por parte da Suprema Corte americana, chegando alguns autores a afirmar que o hoje tão invocado *princípio da razoabilidade* nada mais é do que a evolução do ancião *due process of law*⁽⁷⁾.

Embora, de acordo com o próprio texto constitucional, não tenha o referido princípio incidência exclusivamente no campo do Direito Processual Penal, é indubitável que é aqui que a necessidade do *processo* justo encontrará maior campo de atuação, responsável que será pelo equilíbrio entre as antagônicas pretensões de liberdade e de punição, aquela titularizada por todos os indivíduos e esta pelo Estado. Funcionará o referido princípio, assim, como um verdadeiro “certificado de qualidade” na imposição da pena, ritual que o próprio Estado reconhece como necessário e justo. É neste sentido, desenganadamente, que se fala no processo como verdadeira “necessidade jurídica” (*nulla poena sine iudicium*).

Retornando ao questionamento a respeito da observância, ou não, do devido processo legal por ocasião da transação penal, esboçada no últi-

⁽⁷⁾ LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO. *O Processo Penal em Face da Constituição*, ed. Forense, 1998, p. 69/77.

mo parágrafo do tópico anterior, tem-se que o atual estágio da doutrina a esse respeito é de incompreensível conformismo com a afirmação, a nosso ver errônea, de que a medida despenalizadora em comento, fundando-se na *autonomia da vontade* e por encontrar expressa previsão no texto constitucional, dispensaria a adoção do “devido processo legal clássico”, admitindo os autores de forma surpreendentemente majoritária a aplicação de **sanção penal** sem o exercício do contraditório amplo e sem o reconhecimento ou a assunção de culpa (*nulla poena sine culpa*). Argumenta-se que, ao prever a assistência de advogado, teria o legislador garantido a ampla defesa e que o *due process of law* seria o previsto na própria Lei nº 9.099/95, a qual, estabelecendo a necessidade de homologação do acordo pelo Poder Judiciário, teria emprestado legitimidade ao instituto.

Tal modo de interpretação da Lei demonstra imenso fascínio com os resultados práticos da transação e do próprio Juizado Especial. Fala-se, então, na desburocratização e celeridade da prestação jurisdicional, na democratização do Poder Judiciário e na “deformalização” das controvérsias. Imagina-se que com a instalação dos Juizados, um enorme número de feitos deixarão de merecer a apreciação por parte dos juízes criminais, que poderão, enfim, debruçar-se sobre casos mais graves e complexos. Ou seja, empresta-se à Lei, utopicamente, o exagerado papel de causar uma revolução jamais vista no sistema processual penal brasileiro, dando-se franca ênfase ao enfoque utilitarista dos novos institutos.

Dos poucos que até hoje resolveram insurgir-se contra a opinião comum, vamos encontrar no Professor MIGUEL REALE JÚNIOR um dos mais candentes críticos da Lei. No trabalho intitulado “Pena sem Processo”, publicado pela Editora Malheiros numa pequena coletânea de textos sobre os Juizados Especiais⁽⁸⁾, afirma o renomado jurista, sem rebuços, que ao afastar-se dos princípios da ampla defesa e do contraditório e ao estabelecer a imposição de pena sem o reconhecimento de culpa, teria o art. 76 incorrido no vício da inconstitucionalidade. Pelo valor da argumentação e pretendendo ser fiel às idéias do autor, pede-se vênua para transcrever um pequeno trecho do trabalho:

⁽⁸⁾ **Juizados Especiais Criminais – Interpretação e Crítica**, ed. Malheiros, 1997, obra organizada por Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo.

*“Sem que haja **opinio delicti** e, portanto, inexigindo-se a existência de convicção da viabilidade de propositura da ação penal, **sem a fixação precisa de uma acusação**, sem elementos embaixadores de legitimidade de movimentação da jurisdição penal, e, portanto, sem legítimo interesse de agir, o promotor pode propor um acordo pelo qual o autuado concorda em ser apenado sem processo. E, diga-se, é um acordo tolo.*

Qual a vantagem de fazer este acordo? A vantagem evidente é livrar a justiça penal de um processo. Mas para isso não era necessário adotar-se a aplicação de pena sem processo. A cegueira jurídica decorre do afã de se permitir a celeridade, alçada a valor supremo.”⁹⁾

Ou seja, em homenagem à tão sonhada celeridade processual, afastam-se regras constitucionais, fruto de séculos de amadurecimento político, colocando-se o valor justiça em segundo, quiçá terceiro plano.

O argumento de que a transação penal foi autorizada pela própria Constituição, o que tornaria legítima a mitigação do devido processo legal, é evidentemente artificial. **A esse respeito, é de se indagar, como o faz o referido Professor REALE, se a mesma Constituição, que consagra os direitos individuais como cláusulas pétreas (art. 60, parágrafo 4º, IV), só pelo fato de ter admitido a transação penal nas chamadas infrações penais de menor potencial ofensivo, estaria permitindo o afastamento das garantias da ampla defesa e do contraditório.** Daqui, surgiria uma outra necessária pergunta: os direitos individuais não podem sofrer limitações por parte da própria Constituição? É evidente que sim. Só que, como facilmente se depreende, **quando o legislador constituinte desejou mitigar ou excepcionar direitos ou garantias individuais, ele o fez de forma expressa:** O direito à vida sofreu restrições no art. 5º, XLVII, *a*, que admitiu a pena de morte em tempo de guerra; também o direito à liberdade, ao possibilitar o legislador a sua restrição através de medidas cautelares (art. 5º, LXI), inclusive vedando a liberdade provisória em algumas hipóteses (art. 5º, XLIII); igualmente, o direito à intimidade e à vida privada sofreu poderosa mitigação através da admissibilidade de interceptação das conversações telefônicas (art. 5º, XII); *idem*, quanto ao sigilo de correspondência e ao direito de reunião durante o estado de defesa (art. 136, parágrafo 1º, I);

⁹⁾ Ob. cit., p. 28.

também a propriedade, que pode ser desapropriada por necessidade pública ou interesse social (art. 5º, XXIV) etc..

Um outro aspecto merece ser considerado. Da forma como a doutrina vencedora vem interpretando o instituto, importa a transação penal na imposição de sanção penal sem o reconhecimento de culpa pelo autor do fato, circunstância que viola flagrantemente a regra inafastável do ***nulla poena sine culpa***, alçada, entre nós, a *status* constitucional (art. 5º, LVII). Recorreremos, mais uma vez, às mordazes críticas do autor já tantas vezes citado:

“O direito à não consideração prévia de culpabilidade, incisivamente inscrito na Declaração dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas de 1948, está consagrado em nossa Constituição e exige, para ser respeitado, que a imposição de pena tão-só decorra de sentença na qual se reconheça a culpabilidade, em decisão motivada.

Ora, com estes dados absolutamente fluidos, inseguros, mesquinhos, que se apresentam ao promotor pelo auto circunstanciado, autoriza-se propor ao réu, no calor do fato, uma transação, na qual ele transaciona com a sua liberdade.”⁽¹⁰⁾

Funcionando a culpa penal como verdadeira condição ***sine qua non*** e também como parâmetro ao próprio dimensionamento da sanção (arts. 29 e 59 do Código Penal), não seria lógico nem jurídico que se admitisse que, com relação às infrações mais graves, o binômio culpa-pena ganhasse integral aplicação e, no campo das infrações penais de menor lesividade social, por razões meramente utilitaristas, restasse afastado o princípio do ***nulla poena sine culpa***. O retrocesso seria inegável, dando margem a que, no futuro, outras zonas de criminalidade também fossem encontrar fundamentos outros para a aplicação da sanção criminal.

Também não convence a argumentação no sentido de que a *autonomia da vontade*, um dos pilares do direito privado, legitimaria a desnecessidade do reconhecimento de culpa. Aqui, pela precisão da abordagem, merece destaque a observação do Professor DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO, ***in verbis***:

⁽¹⁰⁾ Ob. cit., p. 27/28.

*“Traz-se em apoio o princípio da autonomia da vontade. Perde-se, contudo, de vista ser da essência de um direito fundamental sua irrenunciabilidade. Ora, como acentuou acertadamente no painel promovido pelo Instituto Manoel Pedro Pimentel o Prof. Miguel Reale Júnior, se o princípio da autonomia da vontade cede em face de setores normativos e regulamentares da vida social, como, por exemplo, a relação de consumo, o direito obrigacional, em que deve preservar-se a base econômica do contrato e a equivalência contratual, não há porque prevalecer diante dos direitos e garantias individuais. A bem ver, a Constituição como núcleo de princípios, fundantes do Estado e asseguradores dos direitos e garantias individuais e sociais, não pode tolerar a tamanha contradição que é, em nome da dita autonomia – que lança profundas raízes no princípio da legalidade –, relevarem-se direitos de qualidade, natureza e **status** de fundamentais, porque ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude de lei. Não se cuida de renunciar uma faculdade ou prerrogativa atribuída por lei, mas se trata da possibilidade de abrir-se mão de um rol de direitos, imantados em princípios constitucionais, cujo interesse não é particular deste ou daquele membro da comunhão, mas sustenta o próprio Estado democrático.”*⁽¹¹⁾ – os grifos são nossos.

Ou seja, estaria a Lei nº 9.099/95 na contramão do direito privado, onde cada vez mais a autonomia da vontade vem perdendo terreno?

4. DA NATUREZA JURÍDICA DA TRANSAÇÃO PENAL

Nos estudos a respeito da atuação jurisdicional do Estado, ganha força, atualmente, a assertiva de que é a **pretensão**, entendida como a *exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio*, a nota característica e essencial do processo e, por conseguinte, da própria atividade jurisdicional. AFRÂNIO SILVA JARDIM, pondo luz sobre o tema, afirma que *“Rigorosamente, o que se torna indispensável à existência do processo é a pretensão do autor manifestada em juízo, exteriorizada pelo pedido e delimitada pela causa de pedir ou imputação.”*⁽¹²⁾ Neste enfoque, de nenhuma relevância a

⁽¹¹⁾ “A Culpa Penal e a Lei nº 9.099/95”. RT nº 747, p. 458.

⁽¹²⁾ **Direito Processual Penal**. Ed. Forense, 4ª edição, p. 240.

efetiva existência de conflito de interesses entre as partes, de lide, visto que, não raro, o réu confessa irrestritamente os fatos narrados pelo acusador e não se haverá de falar, por tal motivo, na inexistência de processo. Em resumo e como consequência intuitiva: **só haverá atividade jurisdicional onde houver pretensão** veiculada pelo legitimado.

E justamente esta última assertiva, somada às considerações a respeito da análise do instituto da transação à luz dos princípios constitucionais, é que nos capacita a afirmar que *a transação penal não apresenta as características básicas da atividade jurisdicional*, visto que, por seu intermédio, sob pena de violação de todo o sistema constitucional, não veicula o Estado qualquer pretensão punitiva. Esta última, para ver-se satisfeita, exige a estrita obediência ao devido processo legal, que encontrará no reconhecimento da culpa a base para a imposição da sanção (*nulla poena sine culpa*).

A esta altura, uma indagação: se a transação penal viola os princípios constitucionais acima apontados, o único resultado interpretativo a que se pode chegar a respeito do art. 76 da Lei nº 9.099/95 é o da sua inconstitucionalidade? A resposta seria positiva numa perspectiva jurisdicional. Do contrário, a análise do instituto sob o enfoque não jurisdicional nos conduz a resultado diverso. Qual, afinal, a natureza jurídica da transação?

Como não se ignora, sem prejuízo à célebre teoria da tripartição dos poderes do Estado (*rectius*: **funções** legislativa, jurisdicional e administrativa) concebida, dentre outros, por MONTESQUIEU, as especulações levadas a cabo pela Ciência Política demonstram que a referida divisão, hoje, obedece muito mais a critérios de preponderância do que de exclusividade. É dizer, também o Judiciário, anormalmente, administra e estabelece normas gerais e abstratas (v.g., os regimentos internos dos tribunais); o Legislativo julga (art. 52, I e II, da C.F./88) e administra; o Executivo, igualmente, legisla sob o ponto de vista material e aplica a lei abstrata à solução de conflitos de interesses por intermédio dos procedimentos administrativos. De comum entre as três funções tem-se a circunstância de que todas elas emanam da própria soberania enfeixada pelo Estado. A distingui-las, diversos traços que a doutrina, hoje, consegue apontar de forma relativamente tranqüila.

Passando objetivamente ao ponto que nos interessa, e sem nos olvidarmos de que é o poder de, imperativa e definitivamente, solucionar os conflitos surgidos no meio social a marca mais característica da atividade jurisdicional, merece destaque a assertiva no sentido de que “*A jurisdição*

é uma das funções da magistratura, mas que outras existem, a ela afetas, a que se deve dar a denominação de funções judiciárias. Atribuição jurisdicional e atribuição judiciária são, assim, espécies diversas da atividade funcional que exerce o Poder Judiciário: aquela é função principal e a que o distingue dos demais poderes, no plano material; a última pode ser secundária ou anômala, e só no plano subjetivo ou orgânico se diversifica das que tocam ao legislativo e ao executivo.”⁽¹³⁾

Exemplos eloqüentes dos chamados *atos judiciários em sentido estrito*, no processo penal, vamos encontrar na atuação do juiz durante o inquérito (v.g., arts. 10, parágrafo 3º, e 23 do C.P.P, muito embora seja duvidosa a recepção de tais dispositivos pelo atual texto constitucional – art. 129, I) e, sobretudo, no controle estabelecido no art. 28 do Código de Processo Penal. Também a *jurisdição voluntária* representa precioso exemplo do que aqui se afirma e a ela, especificamente, dedicaremos, a partir de agora, a nossa atenção.

Após discorrer longamente sobre as diversas teorias nacionais e estrangeiras sobre o tema, esmerando-se em distinguir e correlacionar as funções soberanamente exercidas pelo Estado e, em especial, pelo Poder Judiciário, o PROFESSOR FREDERICO MARQUES apresenta as seguintes características da jurisdição voluntária⁽¹⁴⁾:

- 1) *natureza administrativa, do ponto de vista material, e ato judiciário, do ponto de vista subjetivo;*
- 2) *função preventiva;*
- 3) *natureza constitutiva.*

Noutra passagem, enfrentando a tormentosa distinção entre atividade jurisdicional e a jurisdição voluntária, afirma o mesmo autor que:

“Os traços funcionais de cada uma dessas atividades, inconfundíveis e heterogêneos, aparecem, no tocante à jurisdição voluntária, com os seguintes caracteres: antes de mais nada, é atividade resultante de negócio jurídico em que se exige um ato do Estado, para que o negócio se realize ou complete. Como consequência, a atuação estatal é aí substancialmente constitutiva, devendo acrescentar-se

⁽¹³⁾ Ob. cit., p. 36.

⁽¹⁴⁾ *Idem*, p. 220.

que a lei a exige com o fim de prevenir lesões ou lides futuras, como bem salienta CARNELUTTI.¹⁵⁾ - g.n.

Modernamente, após demonstrar, como acima destacado, que a nota característica do processo é a pretensão e não, como classicamente sempre se afirmou, a lide, afirma AFRÂNIO SILVA JARDIM, *in verbis*:

“Ademais, com este posicionamento teórico sobre a pretensão, julgamos resolver, ao menos em parte, a tormentosa questão de bem delimitar a chamada jurisdição voluntária.

Se a base indispensável do processo não é mais o conflito de interesses ou lide, a sua detecção, por vezes altamente controvertida, passa a ser absolutamente despicienda. Só será procedimento de jurisdição voluntária aquele que não contiver uma pretensão.

Em outras palavras, não havendo de um sujeito de direito a exigência que seu determinado interesse se sobreponha em face de outro, não temos processo, mas tão-somente jurisdição voluntária.¹⁶⁾

E é justamente baseados nesta última assertiva que podemos afirmar que *a transação penal não apresenta senão as características de um procedimento de jurisdição voluntária, pois, aqui, ao contrário do que ocorre na jurisdição contenciosa criminal, não exige o Estado a subordinação da liberdade ao seu interesse punitivo (pretensão punitiva)*. É dizer, da transação penal não pode resultar, ao menos que se violem a máxima do *nulla poena sine culpa* e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, qualquer modalidade de sanção criminal.

Retornando às características da chamada jurisdição voluntária, numa análise comparativa com as da jurisdição contenciosa (*veiculação de uma pretensão, existência de um litígio, substitutividade da atuação do juiz, produção de coisa julgada, existência de uma relação processual*), têm-se as seguintes¹⁷⁾:

¹⁵⁾ *Idem*, p. 72.

¹⁶⁾ *Ob. cit.*, p. 241.

¹⁷⁾ WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR. **Digesto de Processo**, ed. Forense, 1985, vol. III, p. 314.

1) *Existência de um negócio jurídico, a cujo respeito a lei prevê a participação integrativa (não-substitutiva) do juiz;*

2) *Inexistência de lide, ou, para alguns, inexistência de pretensão, entendida esta como a exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio;*

3) *inexistem partes;*

4) *a existência de mero procedimento;*

5) *Não-incidência dos efeitos da coisa julgada.*

Ora, bem analisada a transação penal, numa postura interpretativa “conforme a Constituição”, chega-se à conclusão de que ela preenche todas as características da jurisdição voluntária, acima apontadas. Se não vejamos:

a) Na transação penal, não se tem nada além de *verdadeiro negócio jurídico bilateral* entre o autor do fato e o *Parquet*⁽¹⁸⁾, mediante o qual o Estado abre mão, desde que cumprido o transacionado, do exercício da pretensão punitiva abstratamente prevista no tipo penal, o que é benéfico ao autor da conduta. Em contraposição, este último aceita a imposição imediata de uma *sanção administrativa* (multa ou restrição de direitos), circunstância que satisfaz plenamente aos interesses preventivos e pacificadores do Estado;

b) Tal negócio jurídico tem a sua validade condicionada à *chancela judicial* (art. 76, parágrafo 3º), já se vendo que *a atuação do Magistrado é meramente integrativa;*

c) Não há a veiculação de qualquer pretensão punitiva por parte do Estado, visto que da transação não pode resultar sanção penal. **Se não há pretensão, não há que se falar em jurisdição;**

d) Não há partes no sentido estrito, usando o legislador da correta expressão “autor do fato” e não “réu”. Também não haverá qualquer conflito de interesse, visto que a medida administrativa imposta é fruto do chamado “espaço de consenso”;

(18) Aplicável, neste passo, a lição de TORNAGHI: “*Haverá negócio jurídico processual toda vez que a produção de efeito processual depender da intenção de qualquer das pessoas que intervêm no processo. Na manifestação da vontade dirigida para determinado fim (intenção) consiste o negócio. É mediante negócios jurídicos que os sujeitos processuais exercem suas faculdades dispositivas. Algumas vezes por um negócio unilateral, v.g., a renúncia; outras por um negócio bilateral, por exemplo, o perdão.*” (Instituições de Processo Penal, ed. Saraiva, 1977, p. 26/27).

e) Também não há que se falar em relação processual, mas, antes, na existência de mero procedimento de índole voluntária;⁽¹⁹⁾

f) Por último, não há a imutabilidade própria da atividade jurisdicional em virtude de ser a transação penal um momento pré-processual, de natureza administrativa, que antecede a imputação.

De pronto, deve-se rechaçar o aparente óbice à aceitação da tese em virtude de ser a jurisdição voluntária verdadeira “administração pública de *interesses privados*”. A esse respeito, conforme nos informa FREDERICO MARQUES, “CRISTOFOLINI, ao tratar da jurisdição voluntária, manifestou a opinião de que a tutela administrativa pode também recair sobre interesses públicos, pois nem sempre (embora na maioria das vezes assim não aconteça) os direitos individuais tutelados pela administração, na jurisdição voluntária, têm caráter privado. É o que acontece entre nós, nos casos de naturalização, onde a jurisdição voluntária se exerce em função de um direito subjetivo eminentemente público, qual seja a aquisição da cidadania brasileira (infra: parágrafo 28, n° 16)”⁽²⁰⁾

Também não representa qualquer óbice o fato de se ter o legislador utilizado, no *caput* e parágrafos do art. 76, da expressão “pena” (restritiva de direitos ou multa). Aqui, basta que se interprete o referido termo no sentido de “sanção” (restritiva de direito e pecuniária), devendo ser ressaltado que, *ontologicamente*, nenhuma distinção há entre as sanções criminal e administrativa⁽²¹⁾.

Da mesma forma, não impressiona o ter o legislador denominado de “sentença” a decisão que aplica a medida, até porque, já de muito, o Código de Processo Penal chama de “sentença” a pronúncia (art. 408, parágrafo

⁽¹⁹⁾ Especificamente sobre este ponto, observa DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO: “Argumenta-se existir processo. Compreende-se tão ampliada quanto especiosamente o conceito de processo, a ponto de admitir que o simples comparecimento em juízo, em virtude de um auto circunstanciado lavrado na Delegacia de Polícia, significa, por si só, a existência de processo, a instauração de uma relação processual. Nem mesmo as teorias que divergem quanto ao momento de nascimento do processo e da relação processual chegam a ponto de afirmar, nessas circunstâncias, a existência verdadeira e genuína de um processo. Há de existir ao menos uma acusação formal e um liame entre as partes e o juízo. Ora, a ausência de acusação formal, mas a única existência de um auto circunstanciado que poderá até mesmo vir desacompanhado de prova documental, ou se tanto de prova da materialidade da infração, nunca corporificará uma relação processual nem subsistirá como processo.”, ob. cit., p. 459.

⁽²⁰⁾ JOSÉ FREDERICO MARQUES. ob. cit., p. 79.

⁽²¹⁾ Sustentando que a distinção entre sanções penais e administrativas é meramente quantitativa, vide JOSÉ CEREZO MIR. “Sanções Penais e Administrativas no Direito Espanhol” in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. II, p. 27/40.

1º), sabendo-se que a natureza de tal decisão é a de verdadeira interlocutória⁽²²⁾. O mesmo se diga com relação à previsão de um recurso (parágrafo 5º do art. 76) a ser julgado pelas Turmas Recursais, que em nada altera a natureza graciosa do instituto. A esse respeito, novamente nos esclarece o Professor FREDERICO MARQUES no sentido de que:

“Não nos parece acertada a afirmativa de CHIOVENDA de que, se o ato do juiz fôr impugnado, a jurisdição voluntária se transformará em contenciosa. Se a impugnação consistir em recurso a órgãos judiciários de categoria superior, haverá tão-sòmente um prolongamento da jurisdição voluntária ao tribunal encarregado de conhecer do recurso. Os órgãos judiciários de grau superior desenvolvem função inteiramente idêntica à do juiz inferior e, dessa forma, exercerão uma atividade de jurisdição voluntária em consequência da devolução à instância do conhecimento integral da questão.”⁽²³⁾

É também importante ressaltar que o ponto de vista aqui sustentado, vale dizer, a compatibilidade entre a jurisdição voluntária e o processo penal, não constitui nenhuma novidade, nem tampouco passou despercebido da análise, embora sob outros enfoques, de nossa melhor doutrina⁽²⁴⁾.

Diga-se, outrossim, que a própria Lei nº 9.099/95, tratando dos Juizados Especiais Cíveis, serviu-se da *jurisdição voluntária como forma de alcançar a conciliação entre os interessados*, ao estabelecer no art. 57: “Art. 57. O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial.” A diferença fundamental é que, ao contrário do que ocorre na seara cível, a homologação da transação penal não dará nascimento a um título executivo, até porque, descumprido o acordo administrativo, ressurge, às inteiras, o caminho clássico do processo penal, único legitimado à aplicação da sanção penal⁽²⁵⁾.

⁽²²⁾O inteligente argumento é de PAULO RANGEL in **Direito Processual Penal**, ed. Lumen Juris, 1999, p. 149.

⁽²³⁾Ob. cit., p. 230/231.

⁽²⁴⁾Neste sentido: SERGIO DEMORO HAMILTON. “Vestígios da Jurisdição Voluntária no Processo Penal”, in **Temas de Processo Penal**, ed. Lumen Juris, 1ª ed., p. 65/70, apontando as hipóteses previstas nos arts. 33, 35 e 53 do Código de Processo Penal.

⁽²⁵⁾Sustentando que a atuação do juiz na hipótese do art. 57 da Lei nº 9.099/95 tem a natureza de jurisdição voluntária: LUIZ FUX. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo**, ed. Forense, 1996, p. 219.

5. CONCLUSÃO: OS RESULTADOS DA ACEITAÇÃO DA TESE

Ao longo do desenvolvimento da tese ora sugerida, vimos nos questionando a respeito das conseqüências concretas da aceitação da *transação como um momento não jurisdicional, do qual decorre uma sanção administrativa*, convencidos de que as elucubrações teóricas devem encontrar na possibilidade de aplicação prática o seu coroamento. E, neste ponto, estamos certos de que os resultados da tese alcançam e representam todos os objetivos perseguidos pela Carta Política de 1988, ao prever a possibilidade de transação nas hipóteses de infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 98, I). Vamos a eles.

O primeiro relevantíssimo resultado – relevantíssimo sobretudo num momento em que a importância das regras constitucionais finalmente vem sendo reconhecida em nosso país – é a de se chegar a um resultado interpretativo através do qual se preservam os postulados básicos adotados pela Constituição e, ao mesmo tempo, se confere validade ao texto infraconstitucional. Conquanto acertadas as críticas de que nos valem tantas vezes no presente trabalho, sobretudo as referentes à violação dos princípios do devido processo legal e do *nulla poena sine culpa*, o certo é que todas elas, enfocando o instituto sob uma perspectiva jurisdicional, conduzem ao radicalismo da inconstitucionalidade. E tal resultado afasta-se dos postulados da “interpretação conforme a Constituição”, o que só se obtém quando se parte da premissa segundo a qual, *se uma determinada norma admite duas ou mais interpretações, deve-se prestigiar aquela que a compatibilize com o texto constitucional*⁽²⁶⁾.

A esse respeito, insta acentuar que a aceitação do instituto sob um enfoque não jurisdicional nos permite reconhecer a plena compatibilidade entre a disciplina imprimida pelo legislador (art. 76) e os princípios constitucionais. É dizer, se da transação, assim concebida, não decorre senão uma sanção de cunho administrativo, o procedimento traçado na Lei (sucinta descrição do fato no termo circunstanciado, audiência preliminar de conciliação na qual deve estar presente o advogado, homologação judicial do acordo, em que serão analisados os requisitos legais, possibilidade de impugnação da decisão que aplica a sanção etc) atende plenamente ao “de-

⁽²⁶⁾ ADIMC nº 1.344/ES, Pleno, Rel. Min. **Moreira Alves** Pleno do S.T.F.; Especificamente sobre a *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, além do acórdão antes referido, vide: RE 184.093/SP, 1ª Turma, Rel. Min. **Moreira Alves**; ADIMC 1620/DF, Pleno, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**; ADIMC 1.600/DF, Pleno, Rel. Min. **Sydney Sanches**.

vido processo legal voluntário”. Aqui, sim, possível será o reconhecimento de um “devido processo legal mitigado”, “não-clássico”. Socorre-nos, mais uma vez, o Professor FREDERICO MARQUES quando sustenta, com acerto, que:

“Na jurisdição voluntária, não há lide, e sim um negócio jurídico que depende de um ato administrativo que o complete e integre. Desta maneira, é evidente que o juiz não precisa desenvolver sua atividade vinculado às formas processuais, porquanto não há litígio que exija aquelas garantias que são inerentes ao processo e que dêste são inseparáveis, como, por exemplo, as que decorrem do princípio do contraditório. No procedimento voluntário, o que há são formas destinadas à melhor realização da atividade público-administrativa pelo juiz. Os atos que se sucedem nesse procedimento não se acham disciplinados com o mesmo formalismo da relação processual pois, aí, a forma não tem aquêlê caráter indeclinável que se imprime a certos atos processuais.”⁽²⁷⁾

Em resumo, chega-se a resultado inteiramente compatível com o sistema, trabalhando-se com uma categoria jurídica bastante conhecida.

Também merece ser dito que todos os objetivos que tanto fascina os comentaristas da Lei, vale dizer, a não-imposição de pena privativa de liberdade, a rápida solução e “deformalização” das controvérsias, a revitalização das vias conciliatórias, a desburocratização e o “desafogamento” do Poder Judiciário, são igualmente alcançados, só que de modo a reduzir tais escopos utilitaristas ao seu campo próprio, o da seara administrativa da jurisdição voluntária.

Por outro lado, a tormentosa questão a respeito das conseqüências do descumprimento da transação vai encontrar fácil solução no enfoque não jurisdicional, uma vez que, não se estando diante de uma sentença condenatória nem tampouco do instituto da coisa julgada⁽²⁸⁾, o único cami-

⁽²⁷⁾ Ob. cit., p. 229/230. No mesmo sentido, AFRÂNIO SILVA JARDIM: “O Direito Administrativo não se submete ao controle jurisdicional a que o Direito Penal e o Direito Processual Penal se submetem, os quais, principalmente em face da constituição, outorgam importantes garantias. O Princípio *nulla poena sine iudicio* é um princípio ligado ao Direito processual por ser instrumento de aplicação do Direito Penal. Na medida em que o Direito Penal descriminaliza e deixa para outros ramos do Direito a persecução daquela conduta, porque continua desvalorada, abrimos mão de garantias constitucionais do Direito Processual Penal. De modo que, de repente, a descriminalização pode endurecer mais o sistema do que, como pensam os liberais, levar a uma solução mais justa, mais social para essas questões.” (Ob. cit., p. 348).

⁽²⁸⁾ Art. 1.111 do Código de Processo Civil: “A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes.”

no possível à aplicação da sanção penal será o do processo, inaugurado pela denúncia. A execução da “pena” torna-se impossível por violação das regras constitucionais já tantas vezes apontadas, acarretando o descumprimento do transacionado o exercício da pretensão punitiva, até então suspensa. Tal solução, inclusive, empresta seriedade ao acordo firmado, acentuando a importância do chamado “espaço de consenso”.

Ademais, a transação penal, assim concebida, afina-se com a *tendência atual na busca de soluções diferentes das oferecidas pelo Direito Criminal à chamada criminalidade de menor potencial ofensivo*⁽²⁹⁾. Com efeito, as respostas sancionatórias até então concebidas vêm-se mostrando extremamente ineficazes, sendo raro, extremamente raro, que a criminalidade menor mereça a intervenção jurídica do Estado, o que acarreta a sensação de impunidade e o próprio aumento da criminalidade. Só que, neste passo, ao invés de escolher o caminho da “descriminalização” ou só o do direito administrativo penal, preferiu o legislador brasileiro, precipuamente, a via processual, concebendo, como bem percebido por Afrânio Silva Jardim, uma “engenharia” diferente⁽³⁰⁾. Antes da veiculação da pretensão punitiva pelo caminho clássico do processo, com as bençãos da própria Constituição (art. 98, I), erigiu-se uma via alternativa e anterior, de índole administrativa, na qual, se alcançado o consenso, atingem-se, a um só tempo, tanto a pacificação social quanto a prevenção perseguida por todo e qualquer preceito sancionatório. E é isso, afinal, o que se busca, pouco importando para

⁽²⁹⁾ Sobre o assunto, merece expressa referência a observação de WILFRIED HASSEMER quanto à necessidade de concepção de “... um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação da liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores.”, esclarecendo que “Esse novo campo do direito estaria localizado entre o Direito Penal, Direito Administrativo, entre o direito dos atos ilícitos no campo do Direito Civil, entre o campo do Direito Fiscal e utilizaria determinados elementos que o fariam eficiente” (“Perspectivas de uma Moderna Política Criminal” in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. II, p. 41/51). Sobre a experiência portuguesa nessa matéria, vide JORGE DE FIGUEIREDO DIAS. “Do Direito Penal Administrativo ao Direito de Mera Ordenação Social: Das Contravenções às Contra-Ordenações” in **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**, RT, 1999, p. 162/184; finalmente, sobre o tratamento administrativo conferido às contravenções em Cuba, vide ANGELA GOMEZ PEREZ. “Las Contravenciones y su Tratamiento Jurídico en Cuba en la Etapa Actual” in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 23, p.131/136.

⁽³⁰⁾ “Essa lei tem uma engenharia, vamos dizer assim, importante. Ao invés de optar pela descriminalização, atendendo ao chamado Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal, Direito Penal Mínimo, optou pela descriminalização de forma indireta, através do processo. Seria mais ou menos o seguinte: já que o Direito Penal não teve a ousadia de descriminalizar, o Direito Processual Penal, por vias indiretas, para essas infrações de pequena monta, através de determinados institutos, visa à despenalização.” (**Direito Processual Penal**, ed. Forense, 1999, p. 348).

o Estado qual deva ser o caminho por ele trilhado para alcançar tais objetivos, até porque, como modernamente se reconhece, não há diferenças ontológicas entre a sanção penal e administrativa⁽³¹⁾. O que se alteram, profundamente, são o *iter* a ser seguido nas duas hipóteses, sendo o processo penal naturalmente mais “degradante”, e a drasticidade decorrente da própria sanção penal, representada pela possível privação da liberdade, além dos seus efeitos sociais bem mais deletérios. Por conseguinte, somente se frustrada a via pré-processual pela discordância manifestada pelo autor do fato ou mesmo pelo descumprimento da transação, surgirá, com todas as suas peculiaridades, inclusive garantistas, o caminho verdadeiramente jurisdicional, do qual, só então, poderá advir a aplicação da sanção penal. ◆

⁽³¹⁾ *Idem*, nota nº 21, *supra*.

O GARANTISMO PENAL E O ADITAMENTO À DENÚNCIA

PAULO RANGEL

Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Cândido Mendes.

I. A FUNÇÃO GARANTISTA DO PROCESSO PENAL

É cediço por todos que a função do processo penal é de assegurar ao indivíduo que o fato praticado por ele e que lhe foi imputado se subsume ou não a determinado modelo descrito na lei e, conseqüentemente, que a privação (ou não) de sua liberdade é conseqüitário lógico da imposição normativa proibitiva. Em outras palavras: na medida em que o indivíduo desafia o Estado com o seu comportamento violador de bens jurídicos penalmente tutelados, o processo penal surge a fim de restabelecer a paz juridicamente perturbada. Nesse caso, como acentua **Vázquez Rossi**¹, dentro de um moderno Estado de Direito democrático, de base constitucional, onde o poder se encontra limitado por sua mesma regulamentação e legitimado pelo respeito de direitos fundamentais, a finalidade do ordenamento punitivo não pode ser outra se não a proteção dos direitos humanos e dos bens jurídicos imprescindíveis a sua coexistência.

O devido processo penal justo é a garantia constitucional que todo e qualquer indivíduo, residente ou não no país, nacional ou estrangeiro, tem de que, só em casos excepcionais, será privado de sua liberdade de locomoção. O fracasso do Direito Penal, com suas normas proibitivas, de impedir a agressão do indivíduo à sociedade, bem como, a impossibilidade do Estado-administrador de auto-executar suas normas de conduta, exercendo seu poder de polícia, impedindo a lesão de bens jurídicos penalmente protegidos, faz nascer a pretensão processual penal com o escopo não só de aplicar as sanções descritas nas normas penais violadas, mas, primordialmente, assegurar ao indivíduo-acusado os direitos previstos na Constituição de seu País.

¹ **Derecho Procesal Penal**, Argentina, Rubinzal Culzoni, p. 106, Tomo I.

Destarte, há a necessidade de o Estado recompor a ordem jurídica violada, mas ao mesmo tempo, o dever de conceder ao agressor da norma os direitos previstos na Lei Fundamental que lhe serve de garantia contra os possíveis abusos do poder estatal.

Claus Roxin² assevera que “*com a aparição de um direito de persecução penal estatal, surgiu também, a sua vez, a necessidade de erigir barreiras contra a possibilidade de abuso do poder estatal. O alcance desses limites é, por certo, uma questão da respectiva Constituição do Estado*”.

O processo penal assim tem uma função de garantia dada ao cidadão de que todos os direitos previstos na Constituição lhe serão assegurados, pois de nada adianta, v.g., assegurar-lhe o direito de ampla defesa como todos os meios e recursos a ela inerentes (cf. art. 5º, LV) se a sanção penal lhe foi aplicada sem que pudesse se defender dos fatos que lhe foram imputados; se sequer foi citado para responder a acusação; ou, por último, se foi condenado por fato diverso do que constava na denúncia.

Daríamos o direito, mas não garantiríamos seu exercício. De nada adiantaria uma Constituição assim. Temos que tornar a Constituição escrita na Constituição real e efetiva, sob pena de a transformarmos no que **Ferdinand Lassalle** chamava de uma simples “*folha de papel*”. Deve haver uma perfeita compatibilidade entre a Constituição real e a Constituição jurídica.

Dizia **Lassalle**³:

“Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.”

Nesse caso, como asseguram Amilton Bueno e Salo de Carvalho⁴, “*Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – ad-*

² **Derecho Procesal Penal**, 25 edição, Buenos Aires, Del Puerto, ano 2000, p. 2

³ **A Essência da Constituição**, 4 edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1998, p. 37

⁴ **Aplicação da Pena e Garantismo**. 1 edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 17.

quidem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas”.

II. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Não é nosso objetivo adentrar na análise profunda dos sistemas processuais penais, mas sim, estabelecer a principal diferença entre os existentes, hodiernamente, em especial no que toca ao direito brasileiro, voltando sempre para o objeto deste trabalho.

A sociedade tem, hoje, a garantia de que o órgão que exerce a persecução penal é distinto do órgão que irá julgar fazendo nascer a imparcialidade do órgão julgador. Não há mais espaço, dentro de um Estado constitucional Democrático de Direito, para a figura do juiz inquisidor, ou seja, aquele que ao mesmo tempo que acusa, também, julga. Trata-se de uma garantia constitucional de todo e qualquer acusado ser levado ao banco dos réus somente pelo Promotor natural, o que significa dizer: aquele, previamente, com atribuição delimitada em lei e independente no exercício de suas funções e que goze do atributo da inamovibilidade⁵.

A separação das funções de acusar e julgar é vista por **Luigi Ferrajoli** como a mais importante do modelo acusatório.

Diz **Ferrajoli**⁶:

“A separação de juiz e acusação é a mais importante de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, como pressuposto estrutural e lógico de todos os demais. (...) A garantia da separação, assim entendida, representa por uma parte, uma condição essencial da imparcialidade do juiz em respeito as partes da causa.”

⁵ O autor em sua obra **Direito Processual Penal** (3 edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, p. 31) assim se manifesta quanto ao princípio do Promotor Natural: *O Promotor Natural, assim, é garantismo constitucional de toda e qualquer pessoa (física ou jurídica) a ter um órgão de execução do Ministério Público com suas atribuições previamente estabelecidas em lei, a fim de se evitar o chamado Promotor de encomenda para esse ou aquele caso. O princípio existe muito mais em nome da sociedade do que propriamente da pessoa física do Promotor de Justiça, pois, na verdade, exige-se, dentro de um Estado Democrático de Direito, que a atuação dos órgãos do Estado seja pautada pelos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade (cf. art. 37, caput, da CRFB) não sendo admissível que os atos sejam praticados pelo Ministério Público com interferência de terceiros em afronta ao Devido Processo Legal.*

⁶ **Derecho y Razón**, 3 edição, Madrid, Trotta, 1998, p. 567.

Nesse caso, é vedado ao juiz agir *ex officio* sendo um postulado constitucional o axioma *nullum iudicium sine accusatione*. A acusação penal é reservada ao Ministério Público, sendo vedado ao juiz fazer qualquer acréscimo ao perímetro já traçado pelo órgão acusador e, antes de tudo, fiscal da lei, ao objeto do processo. A acusação, formada pelo binômio imputação + pedido, traça a esfera dentro da qual o órgão julgador irá decidir o conflito de interesses, sendo-lhe vedado julgar *ultra, extra e citra petita*. Qualquer decisão judicial proferida fora dos limites, previamente, delimitados pelo Ministério Público, é nula de pleno direito, esteja ela aplicando sanção mais grave, menor ou igual a que se pediu. É o fato que determina os limites da pena e não a sua qualificação jurídica. Neste caso respeitaremos o direito de defesa.

Frederico Isasca⁷, analisando a questão à luz do direito português perfeitamente aplicável ao nosso direito, assim se manifesta:

“O facto de a pena eventualmente aplicável poder ser menor, não significa que possa e deva sempre considerar-se como não substancial a alteração dos fatos, visto que não só a imagem ou a valoração sociais podem ser completamente diferentes, como comprometer seriamente a defesa.”

O sistema processual penal acusatório vem assim ao encontro dos direitos de ampla defesa, do contraditório, do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e da característica *mor* da jurisdição que é a imparcialidade do órgão jurisdicional. Razão pela qual, qualquer modificação, substancial ou não, do fato, objeto do processo, deve ser acrescida pelo titular da ação penal, sob pena do réu não poder ser condenado por fato que não conste, por inteiro, da acusação.

Não aceitamos o entendimento de que a alteração tenha que ser só do fato-crime, em si, mas sim, também, dos elementos agregadores desse mesmo fato, como nas palavras de **Frederico Isasca**⁸, *o tempo, o lugar, o modo de execução, o nexa de causalidade, a forma de participação, o resultado etc.* Tal acréscimo (aditamento) deve ser feito pelo titular da ação.

⁷ **Alteração Substancial dos Fatos e sua Relevância no Processo Penal Português**, 2 edição, Coimbra, Almedina, 1999, p. 144.

⁸ *Idem*, p. 145.

III. O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe de forma clara que enquanto não houver trânsito em julgado da sentença penal condenatória não pode o réu ser considerado culpado (*cf.* art. 5º, LVII), significando a transferência do ônus da prova todo para a acusação, ou seja, o Ministério Público assume o encargo de provar os fatos descritos na denúncia, não sendo mais lícito ao Estado exigir do réu a comprovação de sua inocência.

Desta forma, claro nos parece que, se o Ministério Público tem que narrar um fato criminoso com todas as suas circunstâncias (*cf.* art. 41 do CPP), o ônus de provar que este fato é *típico* (encontra perfeita adequação na lei penal, portanto, trata-se de uma conduta proibida); é *ilícito* (contrário ao direito e que não está açambarcado por nenhuma excludente de ilicitude) e que seu autor é *culpável*, ou seja, se possui as condições mínimas indispensáveis para atribuir-se-lhe esse fato, o que significa dizer, se está mentalmente são ou conhece a antijuridicidade do fato, pertence-lhe. Não há como entregar ao réu, dentro de um Estado Constitucional dito Democrático de Direito, e, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB), o ônus de provar sua inocência.

O juiz é um sujeito processual e não parte na relação jurídica. O Ministério Público é parte instrumental, mas também fiscal da lei, pois uma posição não exclui a outra, mas se completam entre si.

A imputação penal é que vai delimitar o espaço dentro do qual o réu irá exercer seu direito de ampla defesa, pois é cediço que o mesmo defende-se dos fatos narrados na denúncia e não do artigo de lei mencionado no pedido de condenação. A comprovação, *in totum*, desse fato compete, hodierna e constitucionalmente, ao Ministério Público.

Se o Ministério Público imputa ao réu a prática do homicídio (qualificado ou não) e o réu **alega** legítima defesa, é o Ministério Público que tem o ônus de provar que não houve *agressão injusta*, muito menos *uso moderado dos meios*. Enfim, o ônus de provar a ausência da legítima defesa é do Ministério Público. Não é o réu que tem que provar a excludente de ilicitude. Da mesma forma que se o réu **alega** um *álibi*, ou seja, que não estava naquele lugar descrito na denúncia, naquele dia e hora determinados, compete ao MP provar o que descreveu na denúncia e, conseqüentemente, que o *álibi* é falso. Se não o fizer, o réu deve ser absolvido.

Do contrário, vamos sair de um Estado constitucional Democrático

de Direito para um Estado de opressão, totalitário, em que o réu irá possuir o ônus de provar a sua inocência o que, por si só, constituiria um absurdo incomensurável.

A regra do art. 156 do CPP deve receber uma *interpretação conforme a Constituição*⁹. Regra essa inspirada pela Constituição do Estado Novo de Vargas (10 de novembro de 1937) que, segundo **Boris Fausto**¹⁰, foi o Estado que “*concentrou a maior soma de poderes até aquele momento da história do Brasil independente. A inclinação centralizadora, revelada desde os primeiros meses após a revolução de 1930, realizou-se plenamente. (...) O Estado Novo perseguiu, prendeu, torturou, forçou ao exílio intelectuais e políticos, sobretudo de esquerda e alguns liberais*”. Trata-se, assim, de dispositivo legal que não pode perdurar nos dias de hoje frente à Constituição democrática que inspira os valores supremos fundamentais de dignidade da pessoa humana. Do contrário, entender que o art. 156 do CPP está em perfeita harmonia com a Constituição de 1988 é fazer irradiar, quase que ripristinando, os ideais políticos, econômicos, culturais e sociais da *Era Vargas*.

O aditamento a denúncia é uma medida imperiosa imposta pela Constituição, como consectário lógico dos direitos nela previstos, garantindo ao Ministério Público o pleno exercício de suas funções institucionais e, ao mesmo tempo, uma garantia dada ao acusado de que só haverá acréscimo do objeto do processo se houver manifestação do titular da ação penal pública que carrega sozinho o ônus da prova.

IV. O PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA

É cediço por todos que o juiz julgará a lide nos limites entre os quais foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas as quais a lei exige iniciativa das partes¹¹, sendo-lhe vedado julgar *ultra, citra e extra petita*.

⁹ “*Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a lei fundamental. (...) O papel da interpretação conforme a Constituição é, precisamente, o de ensinar, por via de interpretação extensiva ou restritiva, conforme o caso, uma alternativa legítima para o conteúdo de uma norma que se apresenta como suspeita*” (Luis Roberto Barroso, **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 3 edição, Rio de Janeiro, Saraiva, 1999, p. 182).

¹⁰ **História do Brasil**, 6 edição, São Paulo, Universidade de São Paulo, 1999, p. 366 e 376.

¹¹ Art. 128 do Código de Processo Civil: - *O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.*

É a correlação que deve existir entre o que se pediu e o que foi concedido. Trata-se de uma garantia processual decorrente do princípio constitucional da ampla defesa visando a impedir surpresas desagradáveis ao réu comprometendo sua dignidade enquanto pessoa humana.

O princípio em epígrafe vem ao encontro dos direitos de ampla defesa, do contraditório e dos poderes de cognição do juiz (limitado que é pelo objeto do processo). Nesse caso, todos *os pedaços* do fato que não constam do objeto do processo, porém que mudam a acusação e dos quais o réu não se defendeu, somente poderão ser conhecidos pelo juiz, em sua sentença, se houver o aditamento à denúncia e, mesmo assim, se surgirem através de provas, substancialmente, novas a fim de evitar o arquivamento implícito do inquérito policial¹². Do contrário, a sentença será manifestamente nula.

O nosso código de processo penal, sendo ele da *Era Vargas*, dispõe em seu art. 564, III, m, que ocorrerá a nulidade por falta da sentença. Na verdade não é a ausência da sentença que acarreta a nulidade, pois sem ela não há a entrega da prestação jurisdicional, mas sim, a ausência dos requisitos que lhe são essenciais, bem como, se o juiz julgar *ultra, extra e citra petita*¹³. A sanção de nulidade é um corolário lógico do respeito às garantias constitucionais dadas ao acusado, pois as normas jurídicas, como expressão da vontade do Estado, devem ser utilizadas e aplicadas com o fim precípua de se atingir o bem comum. O bem de toda a coletividade com o consequente respeito à dignidade da pessoa humana.

Destarte, salienta o culto Dr. **Marcelo Abelha**¹⁴, a quem devotamos grande carinho e admiração, que:

“Este princípio (o princípio da inalterabilidade da demanda) vem limitar que o autor possa, uma vez proposta a ação, alterar e modificar o seu pedido. Isso ocorre não só porque apenas sobre o

¹² Entende-se por arquivamento implícito o fenômeno de ordem processual decorrente de o titular da ação penal deixar de incluir na denúncia algum fato investigado ou algum dos indiciados, sem expressa manifestação ou justificação deste procedimento. Este arquivamento se consuma quando o juiz não se pronuncia na forma do art. 28 com relação ao que foi omitido na peça acusatória. Melhor seria dizer arquivamento tácito. Cf. Jardim, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 8 edição, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 176.

¹³ O Código de Processo Penal Português tem regra clara e própria sobre o tema em seu art. 379 onde comina pena de nulidade a sentença que, não respeitando os limites traçados pelos arts. 358 e 359, condene o argüido por fatos não constantes do objeto do processo.

¹⁴ **Elementos de Direito Processual Civil**, 2 edição, São Paulo, RT, 2000, V. I, p. 62.

que foi pedido é que o juiz deve decidir a lide (art. 128 do CPC), mas também porque seria verdadeira ofensa ao direito de defesa do réu que o autor pudesse, a seu bel prazer, alterar o pedido por ele formulado (...).”

V. A DEFESA TÉCNICA EFETIVA

Não basta o acusado ter no processo a presença física de um defensor para postular em seu nome e defender seus ideais de justiça. Mister se faz que a defesa seja, realmente, efetiva, o que significa dizer: que o acusado possa utilizar de todos os meios e recursos inerentes ao seu direito amplo de defesa. Se o réu é acusado do crime **X** e se verifica, no curso da instrução, que na verdade, agregado a esse fato, há o pedaço denominado **x'**, tem o réu todo o direito de exigir do Estado que não conheça deste fato, pois o mesmo não foi objeto do processo e dele o réu não se defendeu. “*O objeto do processo constitui uma verdadeira e mais importante garantia de defesa, visto que é ele que limita a extensão da cognição e portanto os próprios limites da decisão*”¹⁵.

A exigência é regra imperativa do disposto nos arts. 128 c/c 460, ambos do CPC e se a norma (código de processo civil) foi feita em harmonia com a Constituição, ela irradia os preceitos constitucionais. Na verdade é a Constituição, vestida de lei ordinária, que impede o juiz conhecer de fatos que não foram objeto do processo em respeito a sua própria ordem: todo o acusado tem direito de ampla defesa. A proibição do julgamento *ultra*, *citra* e *extra petita* decorre do direito de ampla defesa.

A efetividade da defesa é assim a sua realidade prática, sua aplicação cotidiana, o pleno exercício dos direitos e garantias individuais com proibição, v. g., do acusado preso ser requisitado e não citado para ser interrogado¹⁶; (proibição) do juiz que indeferiu o pedido de arquivamento do inquérito policial, sendo oferecida denúncia pelo Procurador Geral de Justiça,

¹⁵Frederico Isasca, ob. cit., p. 230

¹⁶ “Art. 360 - Se o réu estiver preso, será requisitada a sua apresentação em juízo, no dia e hora designados”. Pensamos que tanto o réu preso como o que se encontra solto devem ser citados para responder ao pedido formulado na denúncia. A requisição é ordem que se dirige ao Diretor do presídio ou ao delegado de polícia para que apresente o preso naquele dia, local e hora determinados.

funcionar no processo instaurado¹⁷; (proibição) do acusado que tendo respondido pelo fato **X** foi condenado pelo fato **Y** e, por último, (proibição) do não conhecimento do recurso do defensor contra a vontade do réu. Nesses econômicos exemplos de nada vale dar-se ao réu a presença de um defensor se seus direitos constitucionais não são respeitados. A defesa técnica efetiva é direito e garantia individual não só em decorrência da própria Constituição, mas, principalmente, da **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, que foi ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 27, de 25/09/92 e que tem patamar de norma constitucional (*cf.* art. 5º, § 2º da **CRFB**).

Qualquer decisão judicial que não respeite os direitos e garantias fundamentais, em especial, o direito a defesa efetiva, viola a Constituição e também o **Pacto de São José da Costa Rica**¹⁸, tornando-se, assim, eivada de *error in procedendo*.

VI. A VERDADE REAL NO PROCESSO

Descobrir a verdade real (ou material) é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com certeza absoluta (dentro dos autos), quem realmente enfrentou o comando normativo penal e a maneira pela qual o fez.

A finalidade da prova é ajudar a formação do convencimento do juiz sobre a veracidade de uma afirmação de fato alegada pelas partes em juízo.

¹⁷ “Art. 28 - Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar impropriedades as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender” (sem grifos no original)

¹⁸ Decreto nº 678, de 06/11/92.

Art. 8º . Garantias judiciais:

(...)

2. (...)

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

O caráter instrumental do processo demonstra que ele (o processo) é meio para se aplicar o direito objetivo (a norma penal incriminadora) atendendo ou não a pretensão do autor.

Entretanto, a incidência da norma penal sobre o indivíduo autor do fato, imputado como crime, (pelo menos em tese) somente poderá se dar desde que todos os esforços e meios legais tenham sido devidamente empregados.

A descoberta da verdade do fato praticado, através da instrução probatória, passa a ser, assim, uma espécie de reconstituição simulada deste fato, permitindo ao juiz, no momento da sentença, aplicar a lei penal ao caso concreto, extraindo a regra jurídica que lhe é própria. É como se o fato fosse praticado naquele momento perante o juiz aplicador da norma.

Importante ressaltar que, não obstante chamarmos de verdade real, nem sempre ela condiz com a realidade fática ocorrida no mundo físico.

O conceito de verdade, pensamos, é mais filosófico do que jurídico. O que pode ser verdade para uns pode não ser para outros. Porém, em se tratando de verdade material a ser apurada nos autos de um processo há que se considerar a “*concordância entre um fato real e a idéia que dele forma o espírito*”¹⁹. Ou seja, a adequação entre o fato objeto do processo e o fato ocorrido no mundo dos homens.

O desejo de se descobrir a verdade é o desejo de se realizar a justiça. Por isso, “*a verdade e a justiça são realidades e valores complementares*”²⁰.

Posto isto, claro nos parece que a necessidade de descoberta da verdade real é compatível com os limites traçados pelo Ministério Público no objeto do processo, não sendo lícito ao juiz condenar o réu por fato diverso do constante da denúncia com a alegação de que aquela era a verdade.

Se a verdade apurada não for compatível com os fatos descritos na denúncia, tem o acusado o direito de ser absolvido e o Estado, o dever de absolvê-lo.

Uma coisa é haver dúvida no processo de que foi o réu quem cometeu o crime, pois nesse caso, a dúvida deverá ser resolvida em seu benefício (*in dubio pro reo*). Outra, bem diferente, é haver prova de que o fato é

¹⁹ Mittermaier, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, 3 edição, São Paulo, Bookseller, 1997, p. 59.

²⁰ Rangel, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da Prova no Processo Civil*. 1 edição, Coimbra, Almedina, 2000, p. 35.

diverso do que consta na denúncia, porém o fato é único, indivisível, concreto e real.

Nesta hipótese, se o fato naturalístico (aquele ocorrido no mundo dos homens) for um só, com imputação diversa pelo Ministério Público, só poderá haver condenação se houver aditamento à denúncia.

Ora, se o fato ocorrido no mundo dos homens é enquadrado no tipo descrito no art. 155 do CP não pode, *ao mesmo tempo*, estar enquadrado no art. 168 do mesmo diploma legal. O fato é um só. Não se trata de fato igual, mas sim do mesmo fato, então seu enquadramento pertence a um único tipo legal. Pensar diferente é pensar que um latrocínio pode, *ao mesmo tempo*, ser um homicídio. Não pode. Trata-se de fato único, descrito em um único tipo penal: art. 157, § 3º do CP. Pode sim o réu ser acusado de um homicídio e se descobrir que *ele também praticou um latrocínio*, mas nesse caso, são dois fatos, conexos ou não.

Exemplo:

Tício é acusado da prática de latrocínio tentado (homicídio tentado e subtração patrimonial tentada). Durante a instrução prova-se, de forma clara, segura e inequívoca, o dolo de matar, a intenção de atentar contra vida da vítima e a ausência de dolo da subtração patrimonial.

Há dois aspectos: 1º) processual: incompetência do juízo e; 2º) material: homicídio tentado e não latrocínio tentado.

Quanto ao 1º aspecto, o juiz deve reconhecer a violação ao princípio do juiz natural (e do Promotor natural) e declarar nulo o processo *ab initio* remetendo-o a uma das varas privativas do Tribunal do Júri.

Quanto ao 2º aspecto, a denúncia deverá ser *retificada* (aditamento impróprio de retificação) onde o Ministério Público²¹ fará constar da denúncia a narrativa de um homicídio tentado, incluindo aí, o dolo de matar.

Verifica-se que nesse exemplo o rito processual muda por completo, sendo o rito do Tribunal do Júri mais amplo com mais oportunidade de defesa ao acusado.

A verdade, assim, estabelecida no processo, é referente ao mesmo fato ocorrido no mundo dos homens, porém que recebeu uma má apreciação por parte do Estado, não sendo lícita a condenação do acusado pelo latrocínio não praticado, muito menos à absolvição diante da impunidade que isso geraria.

²¹ Através do Promotor em exercício na Promotoria de Justiça junto ao Tribunal do Júri em respeito ao princípio do Promotor natural.

Pensamos que o entendimento de que ele deve ser absolvido (do latrocínio tentado) e ser instaurado novo processo pelo mesmo fato, porém com o *nomen iuris* de homicídio tentado é afrontar a coisa julgada. Trata-se de um único fato ocorrido na vida e que já foi acobertado pela coisa julgada.

O aditamento à denúncia, com a perfeita adequação jurídica do fato, é medida imperiosa de realização da justiça tanto para com o acusado como para com a sociedade estabelecendo plena igualdade de condições.

VII. O OBJETO DO PROCESSO PENAL

Esta não é a sede adequada para nos aprofundarmos no estudo do objeto do processo, porém não podemos deixar de abordar seu conceito (o que se entende por objeto do processo), seu fundamento e suas funções.

O objeto do processo é um consectário lógico do sistema acusatório, pois refere-se aos “*fatos descritos na acusação*”²² os quais o juiz não poderia conhecer se não houvesse provocação da parte autora, no nosso caso, o Ministério Público.

A pretensão processual penal que serve de veículo para a imputação penal de fato definido como infração penal é que traduz o objeto do processo. Nesse caso o fato imputado é aquele ocorrido no mundo dos homens, o fato humano da natureza, praticado de determinado modo em situação de tempo e de lugar e que tem enquadramento em um tipo penal. Trata-se de um fato concreto, real, indivisível e único.

O fato que serve como suporte do objeto do processo não pode ser confundido com artigo de lei, ou seja, com um certo tipo legal de crime, mas sim, como um acontecimento histórico da vida, como um fato ocorrido no mundo dos homens que recebe ou não do ordenamento jurídico relevância penal.

Muita vez o fato narrado na denúncia, traduzido na pretensão processual penal, não constitui crime e nem por isso deixou o processo de ter objeto. A afirmativa de que o objeto do processo é o fato crime definido como tal na lei penal é falsa, pois se ao final do processo se descobrir, através da verdade real, que o fato não é crime, nem por isso deixou o processo de ter objeto. O objeto do processo é assim a pretensão processual penal onde se traduz a acusação (imputação + pedido) de um fato da vida, um pedaço do todo que deve ser individualizado na denúncia.

²²Roxin, Claus. Ob. cit. p. 159.

Isasca²³ define o objeto do processo com as seguintes palavras:

“Objeto do processo penal será, assim, o acontecimento histórico, o assunto ou pedaço unitário da vida vertido na acusação e imputado, como crime, a um determinado sujeito e que durante a tramitação processual se pretende reconstruir o mais fielmente possível.”

É exatamente esse fato da vida que tem que ser traduzido e transportado para o processo, através da pretensão processual penal, a fim de circunscrever os limites do conhecimento do juiz dentro do qual julgará a lide. Portanto, o objeto do processo tem três funções básicas que nos são apontadas pelo jurista alemão **Claus Roxin**²⁴:

“(...) designar o objeto da litispendência, demarcar os limites da investigação judicial e de obtenção da sentença e definir a extensão da coisa julgada.”

Em resumo, podemos dizer que *o objeto do processo é o tema proposto como **res iudicanda** e que sua finalidade mais característica é a obtenção da **res iudicata**. O objeto resulta ser assim um assunto da vida; a materialidade afirmada como penalmente relevante*²⁵.

Ora, se o fato da vida, objeto do processo, já foi objeto da sentença que passou em julgado não pode o réu ser acusado, novamente, pelo mesmo fato, sob pena de haver violação da regra do **no bis in idem**, verdadeira garantia penal de todo e qualquer acusado, em um processo penal justo e democrático. O processo penal tem exatamente esse escopo: servir para abordar um fragmento da vida (criminal) em sua totalidade²⁶. Trazer parte da vida praticada e vivida pelo homem para o processo a fim de que possamos julgar se, efetivamente, aquele fato merece ou não uma resposta penal do Estado no sentido de se aplicar a **sanctio iuris** cabível; ou de resgatar a dignidade da pessoa humana acusada do fato veiculado na pretensão processual penal (objeto do processo), face

²³ Ob. cit. p. 240

²⁴ Ob. cit. p. 160

²⁵ Olmedo, Clariá. **Derecho Procesal Penal**. Argentina, Cordoba, 1984, p. 229.

²⁶ Beling, Ernest. **Derecho Procesal Penal**. 1 edição, Argentina, DIN, 2000, p. 83.

à impossibilidade do Ministério Público de provar o que alegou em sua denúncia.

O objeto do processo delimita a prestação jurisdicional sob dois aspectos: subjetivo e objetivo. Quanto ao aspecto subjetivo, o Judiciário não poderá emitir qualquer decisão que não seja sobre a pessoa do acusado, fazendo com que a sentença, transitada em julgado, tenha força de lei entre as partes às quais é dada (*cf.* art. 472 do CPC). Surgindo prova nova de que outro indivíduo também participou daquele fato da vida junto com o acusado, em verdadeiro litisconsórcio, deve a denúncia ser aditada (acrescida) para incluí-lo. Porém, jamais ser ele julgado sem constar formalmente da acusação veiculada na pretensão processual penal.

O segundo aspecto (objetivo) impõe identidade do objeto durante todo o curso do processo a fim de que o acusado possa, efetivamente, exercer sua ampla defesa dos fatos descritos na denúncia. Ser acusado de um furto simples e resultar condenado em um roubo por ter sido comprovado, de forma inequívoca, o uso de violência é fazer tábula rasa do objeto do processo, sem contar dos princípios da ampla defesa, do contraditório, da correlação entre a acusação e a sentença e da verdade real.

Na doutrina alemã, **Roxin**²⁷, assim se manifesta:

“A identidade do objeto processual tem um componente pessoal e um material, é dizer, ela pressupõe: a identidade da pessoa e a identidade do fato.”

O juiz deve pronunciar-se sobre os fatos e sujeitos descritos na denúncia, respeitando o princípio da correlação entre acusação e sentença.

Frederico Isasca²⁸, em sua excelente obra, assim se manifesta:

“Uma vez tomado o acontecimento da vida como a base do processo, necessário será que este seja suficientemente descrito, pois sem uma correcta e concreta individualização dos factos acusados, não é possível ao agente defender-se convenientemente e poder afastar de si uma possível punição, nem ao tribunal é fornecida a base de confiança e de certeza necessárias para fundamentar e proferir uma

²⁷Ob. cit. p. 160.

²⁸Ob. cit. p. 242/243.

decisão, quer esta seja absolutória quer condenatória, e aplicar, de uma forma justa, a lei penal.”

A perfeita delimitação do objeto do processo, portanto, não é mero deleite doutrinário muito menos uma questão meramente teórica sem nenhuma repercussão na validade do processo em si. Trata-se da necessidade de se identificar eventual litispendência, coisa julgada, modificação da ação ou sua cumulação²⁹.

VIII. A COISA JULGADA: CONCEITO, FUNDAMENTO, LIMITES, NO *BIS IN IDEM*

Conceito - O conceito de coisa julgada é polêmico e antigo no direito, sendo, inclusive, proveniente do direito privado romano onde a irrevogabilidade da sentença penal era desconhecida, diferente da sentença civil³⁰.

Coisa julgada, na definição clara de Giovanni Leone³¹, é a coisa sobre a qual haja recaído a decisão do juiz; expressando uma entidade passada, fixa, firme no tempo. Significa decisão imutável e irrevogável, a imutabilidade do mandato que nasce da sentença.

Mas foi Liebman quem tratou da matéria e melhor definiu coisa julgada como sendo “*o comando emergente de uma sentença. Não se identifica com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato*”³².

A coisa julgada pode ser formal ou material. Formal quando fica limitada ao processo que com ela se encerra. Material quando transcende nos seus efeitos para atingir processo posterior sobre o mesmo litígio³³. Cria-

²⁹ A modificação da ação se produz se o objeto do processo é diverso e a cumulação se existem vários objetos do processo. Cf. Juan-Luis Gomez Colomer. **El Proceso Penal Aleman Introduccion y Normas Basicas**. 1 edição, Barcelona, Bosch, 1985, p. 41.

³⁰ Manzini, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, 3 edição, Buenos Aires, El Foro, 1996, Tomo IV, p. 511.

³¹ **Tratado de Derecho Procesal Penal**, 3 edição, Buenos Aires, EJE, 1989, Tomo III, p. 320/321

³² **Eficácia e Autoridade da Sentença**. 3 edição, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 54.

³³ Eberhard Schmidt. **Los Fundamentos Teóricos Y Constitucionales Del Derecho Procesal Penal** Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957, p. 160.

se vínculos e limitações de natureza processual e material que impedem o *bis in idem*, ou seja, o reexame do mérito da questão decidida em outro processo perante as mesmas partes.

Fundamento - O fundamento da coisa julgada repousa exatamente na necessidade que tem o Estado de garantir a todos os indivíduos (partes ou não no processo) que os conflitos que foram objeto de julgamento e, portanto, de apreciação pelo Estado, terão um fim com a decisão judicial de forma a não mais se admitir discussão.

Portanto, se pode dizer, com Manzini, que o fundamento do instituto da autoridade da coisa julgada está na necessidade de aplicar e assegurar a ordem jurídica estabelecida pelas leis do Estado³⁴. Trata-se de um garantismo penal do acusado de que as questões decididas pelo juiz, em sua sentença, não poderão ser revistas, salvo se for em benefício do réu, através da revisão criminal.

O processo penal, dentro de um Estado Democrático de Direito, tem que dar as garantias necessárias ao acusado de que as questões propostas, discutidas e decididas pelo Estado, não poderão ser reabertas, sob pena de se criar uma instabilidade social e um abalo aos pilares de sustentação do Estado justo de direito.

No Brasil (diferente da Alemanha, Noruega, Portugal, Rússia e Suécia), não se admite a revisão criminal *pro societate*, ou seja, a desconstituição de sentença absolutória mesmo que evada de *error iudicando* ou *error in procedendo*. Nesse caso, a discussão da coisa julgada traz inúmeras questões interessantes (cf. item X, *infra*) que merecem nossa análise a fim de enfrentarmos o *no bis in idem*³⁵.

Destarte, a coisa julgada é mais uma medida de segurança criada em favor do indivíduo do que, propriamente, de um instituto meramente processual sem conseqüências práticas. É Claus Roxin quem nos dá suporte para esta afirmativa. Diz o mestre alemão:

³⁴ Ob. cit. p. 513.

³⁵ Manzini, prelecionando sobre os pressupostos para aplicação da regra do *no bis in idem*, afirma que deve se pretender intentar uma nova ação penal, não obstante existir uma sentença anterior irrevogável de absolvição a cerca da mesma pretensão punitiva (*eadem causa petendi* [a mesma causa de pedir]); que haja identidade sobre o fato sobre o que decide a sentença e aquele sobre o que se quisera acionar (*eadem res* [a mesma coisa]); e que haja identidade também de pessoa (*eadem persona* [a mesma pessoa]), ob. cit. p. 524/525. Havendo esses pressupostos, haverá *bis in idem*.

*“A coisa julgada material serve de proteção do acusado. Com ela se reconhece jurídico-fundamentalmente seu interesse em ser deixado em paz depois de ditada uma decisão de mérito que já não mais é impugnável”.*³⁶

A coisa julgada impede, assim, que os fatos que foram objeto de julgamento possam ser investigados, novamente, pelo Estado em face do mesmo réu, com a desculpa de melhor apurar os fatos e descobrir situações que *agregam* o fato principal ou de *circunstâncias* que lhe pertencem, porém que não foram objeto de julgamento.

Limites - Há limites objetivos e subjetivos na coisa julgada.

A eficácia, em si, da sentença atua em relação a todos os indivíduos, porém a *res iudicata* só tem validade entre as partes as quais é dada³⁷. As partes suportam a sentença transitada em julgado. A imutabilidade se dirige às partes. Assim, se Caio é absolvido da prática do crime de roubo e a sentença transita em julgado, nada impede que Tício seja processado, pelo mesmo fato, face ao concurso de agentes descoberto após o trânsito em julgado. Nesse caso, dependendo do fundamento da sentença, poderá Tício ser trazido ao banco dos réus. O limite do caso julgado atinge apenas a Caio. Entretanto, se Caio foi absolvido por ser o fato atípico, lógico que Tício não poderá ser processado pelo mesmo fato, pois aplica-se o art. 580 do CPP, analogicamente. A isso chamamos de limites subjetivos da coisa julgada.

O fundamento político dos limites subjetivos da coisa julgada está no próprio direito de liberdade, como acentua Ada Pellegrini Grinover³⁸

Os limites objetivos se referem aos fatos objeto de julgamento. Os fatos principais. Os pontos ou questões litigiosas que foram decididos na sentença é que circunscrevem os limites objetivos da coisa julgada.

³⁶ Ob. cit. p. 436

³⁷ Art. 472 do CPC. “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (...)”

³⁸ “O fundamento político da limitação subjetiva da coisa julgada penal está no próprio direito de liberdade: vincular o terceiro à sentença condenatória que se formou relativamente a outro indivíduo, significaria sacrificar a exigência da justiça e os direitos de defesa a um princípio lógico e abstrato de coerência formal entre os julgados; por outro lado se o terceiro pudesse invocar a sentença absolutória proferida com relação ao co-autor, acabaria desfrutando de uma impunidade injustificada, incompatível com o caráter relativo da sentença” (**Eficácia e Autoridade da Sentença Penal**. 1 edição, São Paulo, RT, 1978, p. 13/14).

O Código de Processo Penal é tímido quanto ao limites objetivos da coisa julgada referindo-se aos mesmos no art. 110, §2º do CPP:

§ 2º - *A exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença* (sem grifos no original).

Ora, o que entender por fato principal para acobertar-lhe com o manto da coisa julgada?

Entendemos que fato principal é aquele fato material ocorrido no mundo dos homens independentemente da qualificação jurídico-penal dada ao fato. É o fato, cometido pelo homem, em sua integridade física. É o fato histórico ocorrido na vida.

Se Tício *subtraiu para si coisa móvel alheia mediante destruição de obstáculo com emprego de arma de fogo* (fato da vida, ocorrido no mundo dos homens) porém, o Ministério Público somente imputou a ele a *subtração para si de coisa móvel alheia mediante destruição de obstáculo* (furto qualificado), não pode o Estado, após o trânsito em julgado, mesmo com provas novas, instaurar processo pelo crime de porte de arma. O fato principal é um só e já foi julgado. Entender diferente, é estabelecer no ordenamento jurídico brasileiro a revisão criminal *pro societate*, o que, por si só, é vedado.

Não pode o Estado continuar as investigações sobre o acusado que foi absolvido com trânsito em julgado, alegando que o crime foi de roubo, porém não ficou demonstrada a grave ameaça exercida com a arma de fogo. Assim, inadmissível será instauração de novo processo para apurar, agora, aquele porte (ou utilização) de arma. A utilização da arma faz parte do fato principal (roubo) que já foi objeto de julgamento e não admite reabertura da ferida cicatrizada com a *res iudicata*.

No mesmo sentido, se o acusado foi condenado no furto simples não pode o Estado, agora, aceitar a instauração de novo processo, contra o mesmo réu, pelo crime de dano alegando ter havido destruição de obstáculo à subtração da coisa, já objeto de julgamento com trânsito em julgado.

O fato principal é um só e já foi objeto de julgamento.

E ainda: se absolvido do crime de furto não pode o réu ser, agora, acusado pelo crime de constrangimento ilegal (ou lesão corporal leve) contra mesma vítima praticado no mesmo dia, hora e local, provando-se, entretanto, com provas novas, que houve emprego de violência. O fato é um só.

Já operou o trânsito em julgado, nada mais se pode fazer, sob pena de não haver a segurança e a estabilidade social que exige a coisa julgada.

A coisa julgada açambarca o fato sob todos os pontos de vista jurídicos³⁹. Se o réu foi absolvido (ou condenado) pela prática do crime de latrocínio não pode o Estado, agora, querer instaurar novo processo, pelo mesmo fato, contra o mesmo réu, pela prática do crime de homicídio com a desculpa de que novas provas demonstram que nada foi subtraído e que sua intenção era de matar. O fato principal, sobre o qual recaiu a apreciação do Estado, já está protegido pelo manto da *res iudicata*.

É bem verdade que o Código de Processo Penal é tímido na disciplina da coisa julgada não havendo, como deveria, um capítulo próprio da *res iudicata*. Entretanto, nada impede que se aplique não só o disposto no § 2º do art. 110 CPP, mas também as regras insertas no Código de Processo Civil⁴⁰.

O *no bis in idem* tem a função garantidora impedindo que o acusado, que já se submeteu a cerimônia fúnebre⁴¹ que é o processo penal, venha novamente a ser processado pelo mesmo fato.

IX. OS ARTS. 384, PARÁGRAFO ÚNICO E 385, AMBOS DO CPP

Art. 384 - Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.

Parágrafo único - Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

Art. 385 - Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela

³⁹ Claus Roxin, ob. cit. p. 437.

⁴⁰ cf. arts. 467 *usque* 475 do CPC.

⁴¹ Francesco Carnelutti. *Las Miserias Del Proceso Penal*. Buenos Aires, EJE, 1959, p. 112.

absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada (no original, sem grifos).

As regras legais acima merecem uma análise, mesmo que superficial, de suas implicações diante de tudo que acima foi visto.

Em primeiro lugar, o *caput* do art. 384 fala em circunstância elementar, termo esse que é impróprio, pois ou é circunstância e, portanto, está em volta de; ou é elementar e, nesse caso, está dentro. A elementar mexe na estrutura do crime, ou seja, faz com que desapareça ou surja outro. A elementar *funcionário público* se for retirada do delito do art. 319 CP (prevaricação) o mesmo desaparece. Entretanto, se for retirada do delito do art. 312 CP (peculato) restará o tipo do art. 168 CP (apropriação indébita).

A circunstância aumenta ou diminui a pena, porém o tipo fundamental continua o mesmo. A violenta emoção diminui a pena no homicídio, mas o tipo continua o mesmo (*cf.* art. 121, § 1º CP). No furto, o repouso noturno aumenta a pena, porém se não existir o tipo continua o mesmo.

Não vemos razão para distinguir, como o código faz (e a doutrina aceita⁴²), entre circunstância que agrava a pena prevista na Parte Geral do Código Penal (o fato de o agente cometer o crime contra ascendente: filho que mata o pai) e a prevista na sua parte especial, por exemplo, o repouso noturno que aumenta a pena do furto. Entendemos que, em ambos os casos, deve ser aditada à denúncia sob pena de afrontarmos os princípios da ampla defesa, do contraditório, da correlação entre acusação e defesa, bem como, o sistema acusatório adotado entre nós, pois neste caso o juiz estaria fazendo parte da acusação quando condena com a circunstância que autoriza o aumento de pena sem que tal circunstância conste da acusação feita pelo órgão do Ministério Público.

A idéia de que o art. 385 do CPP autoriza tal entendimento não pode vingar dentro de um processo penal acusatório, justo, democrático de direito e livre dos ares autoritários da época em que foi elaborado pelo regime de Vargas: 1940. Entender diferente é jogar por terra todo o sacrifício feito e sofrido pela sociedade nos últimos 60 anos de vigência do Código de Processo Penal.

Destarte, seja uma circunstância ou uma elementar não contida, expressamente, na denúncia (pelo Órgão Acusador), deve a denúncia ser aditada

⁴² *Cf.* Tourinho Filho, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 18 edição, São Paulo, Saraiva, 1987, v. 4, p. 235/236.

para incluí-la, sob pena de o juiz agir *ex officio* e o réu ser surpreendido em sua defesa.

O difícil para determinados operadores jurídicos é trabalhar com a Constituição e não com as regras vetustas dos arts. 384 e 385 CPP. Nesse caso, a interpretação conforme a Constituição⁴³ irá socorrê-los.

Por último, o art. 384, *caput*, admite acusação implícita, ou seja, mesmo que não conste expressamente na denúncia, porém surgindo nova definição jurídica do fato, deve ser dada vista à defesa para se manifestar. Em outras palavras, o código admite que se um homem for acusado do crime de estupro por ter, como diz a denúncia, “*mantido conjunção carnal com uma mulher, mediante violência, alcançando o orgasmo satisfazendo, assim, sua libido*” não poderá o juiz condená-lo pelo atentado violento ao pudor se não ficar comprovada a conjunção carnal, mas sim apenas, os atos libidinosos diversos da conjunção. A idéia de que são implícitos os atos libidinosos para quem quer a prática da conjunção carnal, não pode admitir condenação do acusado se não constar da denúncia. Afronta os princípios da ampla defesa e do contraditório. O réu não se defendeu da prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

O parágrafo único do art. 384 impõe o aditamento à denúncia quando houver possibilidade de aplicação de pena mais grave, deixando entender que só se adita se houver pena mais grave, porém se a pena for igual ou menor não haverá aditamento⁴⁴.

Discordamos desse entendimento. Seja a pena menor, igual ou maior deve-se sempre aditar a denúncia, sob pena de afrontarmos os princípios da correlação entre acusação e a sentença, da ampla defesa, do contraditório e, principalmente, violar o sistema acusatório, pois o juiz muda a acusação, *ex officio*.

Assim, tanto no *caput* do artigo 384 como no seu parágrafo único, deve-se aditar a denúncia em detrimento da prova nova surgida no curso da

⁴³ “*Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a lei fundamental. (...) O papel da interpretação conforme a Constituição é, precisamente, o de ensinar, por via de interpretação extensiva ou restritiva, conforme o caso, uma alternativa legítima para o conteúdo de uma norma que se apresenta como suspeita*” (Barroso, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3 edição, Rio de Janeiro, Saraiva, pag. 182).

⁴⁴ Cf Tourinho Filho, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 18 edição, São Paulo, Saraiva, 1987, v. 4, p. 238 que defende ponto de vista no sentido de que só se adita se houver possibilidade de aplicação de pena mais grave, porém se a pena for igual ou menor aplica-se apenas o *caput* do art. 384 do CPP e, neste caso, sem aditamento, porém dando-se vista a defesa para se manifestar.

instrução. Se for um pedaço do fato e houver prova nova de sua ocorrência o aditamento é medida imperiosa. Se for outro fato conexo com o original, descoberto através de prova nova, adita-se a denúncia dando-se oportunidade ao réu de ser interrogado sobre esse novo fato conexo e praticar todos os demais atos processuais inerentes a sua defesa. Se for fato novo, porém sem conexão, instaura-se outra ação penal.

Nestes casos que estamos mencionando, o aditamento será próprio real, ou seja, o acréscimo será de fatos ou de pedaços que lhe pertencem (elementares do tipo) e deverá, quanto à oportunidade, ser feito espontaneamente (independentemente de provocação do juiz) pelo Ministério Público face ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

O aditamento provocado é exceção e, por isso, está no art. 384, parágrafo único e no § 5º do art. 408, ambos do CPP.

X. CASOS CONCRETOS

Imaginemos alguns casos concretos para entendermos tudo o que acima dissemos.

1º caso: Tício é acusado da prática do crime de roubo simples. No curso da instrução não se comprova a elementar normativa do tipo grave ameaça (ou violência).

Pergunta-se: pode o juiz condená-lo pelo furto sem aditamento à denúncia?

Resposta:

A resposta é afirmativa. A subtração patrimonial de coisa móvel alheia está descrita na denúncia e, nesse caso, não há surpresa para a defesa. Ele se defendeu dessa subtração patrimonial. Portanto, autorizado está o juiz a condenar Tício pelo crime de furto sem o aditamento à denúncia.

2º caso: Tício é acusado da prática do crime de furto simples. No curso da instrução se descobre que houve o emprego de arma de fogo e, portanto, trata-se de crime de roubo.

Pergunta-se: há necessidade de aditamento à denúncia para que seja condenado pelo crime de roubo com emprego de arma de fogo?

Resposta:

A resposta é afirmativa. Tício não se defendeu de ter empregado arma de fogo durante aquela subtração patrimonial descrita na denúncia e, por-

tanto, há, nesse caso, surpresa para a defesa. O respeito ao contraditório e à ampla defesa e a proibição do julgamento *ultra petita* exigem o aditamento.

3º caso: Ticio é acusado da prática do crime de furto simples. Durante a instrução se demonstra de forma cabal que, na verdade, naquele dia, hora e local, houve recusa em devolver o bem por parte de Ticio e não subtração e, portanto, tinha ele a precedente posse da *res*.

Pergunta-se: há necessidade de aditamento a denúncia para que possa ser condenado pelo crime de apropriação indébita?

Resposta:

A resposta é afirmativa. Não obstante as penas serem iguais, Ticio não se defendeu de ter a precedente posse da *res* e, portanto, deve tal elemento normativo do tipo (posse) constar da acusação. A posse de Ticio é injusta, mas não por clandestinidade e sim por precariedade. Vejam que o fato é um só. Não há dois fatos. Há dois tipos penais em discussão, porém uma única conduta. Nesse caso, o réu se defende dos fatos narrados e não da tipificação penal dada ao fato. Admitir condenação porque a pena é a mesma é admitir que o réu se defende da pena e não dos fatos. Assim, deve a denúncia ser aditada para a caracterização perfeita dos fatos.

4º caso: Ticio é acusado por ter furtado do interior de uma fazenda três vacas leiteiras colocando-as em seu caminhão depois de ter derrubado a cerca de proteção da fazenda no dia 15/01/00, às 20:00 h.

No curso da instrução se descobre, com provas novas que, na verdade, foram furtados três cavalos da raça mangalarga marchador e não três vacas.

Pergunta-se: há necessidade de se aditar a denúncia para que possa Ticio ser condenado pela prática do crime de furto dos três cavalos ou é indiferente?

Resposta:

Há necessidade do aditamento, pois *ares* descrita não corresponde a do fato real ocorrido na vida. O que significa dizer: furto de três vacas não houve. A repercussão, inclusive, de eventual sentença condenatória pelo furto de três vacas no juízo cível é evidente, pois ao se fazer a liquidação de sentença para se determinar o *quantum debeatur* terá que se fazer em cima do *an debeatur* determinado na sentença e este menciona três vacas e não três cavalos.

Vejam que nesse caso não se trata de outro tipo penal, muito menos de fato diverso, mas sim do mesmo fato, porém com identificação errônea da *res* impedindo o réu de se defender do fato verdadeiro e, portanto, do fato real. Há flagrante violação à ampla defesa e ao contraditório e sempre que isso ocorrer o aditamento à denúncia é medida imperiosa.

5º caso: Ticio é acusado da prática do crime de homicídio qualificado por motivo fútil. Em seu interrogatório, alega que na data do fato, 15/01/00, não se encontrava na cidade do Rio de Janeiro, mas sim em viagem ao exterior tendo retornado em 25/01/00.

As testemunhas arroladas pelo Ministério Público corroboram os fatos descritos na denúncia, porém discordam, com dados precisos, da data do fato, informando que o mesmo ocorrera em 30/01/00 e não 15/01/00. Praticados os demais atos do processo e juntados documentos comprovadores de que o fato ocorrera, realmente, em 30/01/00, pergunta-se:

O juiz está autorizado a pronunciar o acusado pelo crime descrito na denúncia sem que o Ministério Público adite a denúncia, alterando a data do fato?

Resposta:

A resposta só poderá ser negativa. O réu se defendeu, exercendo o contraditório, de fato ocorrido no dia 15/01/00 e não de fato ocorrido na data de 30/01/00. Perceba o leitor que o alibi alegado vem de encontro com a data descrita na denúncia e, portanto, se não houver o aditamento impróprio de retificação à denúncia, não poderá Ticio ser pronunciado, pois naquela data (15/01/00), efetiva e realmente, não se encontrava no local do crime. O fato é o mesmo e sob o ponto de vista penal material a alteração da data é irrelevante, porém sob o ponto de vista penal processual há profunda repercussão no direito de defesa.

Destarte, independentemente de haver alteração fática ou aumento de pena, sempre que a mudança for de encontro ao direito de defesa deve a denúncia ser aditada.⁴⁵

⁴⁵O leitor não pode deixar de conhecer a brilhante obra do Prof.º Gustavo Badaró denominada “Correlação entre Acusação e Sentença” (São Paulo, RT, 2000, p. 130/131) onde o autor defende que: “A relevância ou não de um determinado aspecto do fato imputado é determinada pela defesa apresentada pelo imputado. Em outras palavras, se as regras da correlação entre acusação e sentença têm em vista preservar o princípio do contraditório e, em um determinado aspecto, evitar prejuízos e surpresas para o acusado, os fatos trazidos ao processo pela defesa são fundamentais para delimitar a relevância ou não da mutação do fato processual. Sempre que a mudança do fato processual resultar em alteração de um elemento do delito, ao se ter em vista o fato penal, haverá relevância processual e o prejuízo causado à defesa é evidente”.

6º caso: Tício é processado pela prática do crime de homicídio culposo, na direção de veículo automotor (art. 302 da Lei nº 9.503/97), por ter, agindo imprudentemente, excedido a velocidade normal (80 km/h) estabelecida pelas regras de trânsito, naquela via pública descrita na denúncia. No curso da instrução descobre-se, através das provas carreadas para os autos, que Tício deu causa ao resultado morte porque ingressou, na mesma via pública, pela contramão de direção e não porque se excedeu na velocidade.

Pergunta-se: pode o juiz condenar Tício pelo crime do art. 302 do CTB sem que haja aditamento à denúncia para descrever a conduta correta de Tício?

Resposta:

A resposta é negativa. Sem o aditamento à denúncia não pode o juiz condenar Tício porque não houve imprudência na modalidade descrita na denúncia (excesso de velocidade), mas sim por ter Tício ingressado na contramão de direção. Vejam que nesse caso há flagrante violação ao contraditório exercido por Tício, pois é cediço, e repetimos, que o réu se defende dos fatos descritos na denúncia e não da capitulação penal dada ao fato. Tício não está se defendendo do art. 302 do CTB, mas sim da conduta descrita na denúncia que se amolda ou não ao tipo penal.

Assim, é imperativo garantidor da ampla defesa o aditamento à denúncia.

7º caso: Tício é processado e julgado pelo crime de roubo simples (art. 157, *caput*, do CP) sendo absolvido. A sentença absolutória transita em julgado. A autoridade policial, através do depoimento de várias pessoas que não prestaram depoimento nos autos do inquérito e muito menos no processo, porém compareceram à delegacia, espontaneamente, verifica que, na verdade, houve emprego de arma de fogo por parte de Tício, inclusive, logrando êxito em localizar a arma que foi escondida por ele em um terreno baldio. Diante dessas peças de informação remete as mesmas para a vara criminal onde Tício foi julgado e o juiz dá vista ao Promotor de Justiça para que adote as providências que entender cabíveis.

Pergunta-se: pode o Promotor de Justiça oferecer denúncia, pelo mesmo fato, em face de Tício, porém imputando o emprego de arma de fogo, ou seja, roubo com emprego de arma de fogo?

Resposta:

A resposta é negativa. Tício já foi julgado por aquele fato ocorrido no mundo, por aquele pedaço da vida, não podendo ser julgado, duas vezes, pelo mesmo fato, sob pena de afrontarmos a coisa julgada. Não se pode confundir o tipo penal com o fato praticado que já foi objeto de julgamento. Se o Ministério Público (Estado-administração) não apurou o fato com todos os seus elementos que lhe integram, não faz sentido, agora, com o trânsito em julgado da decisão, chamar Tício para responder por um pedaço do fato. Muito menos por porte de arma que foi absorvido pelo crime de roubo. O fato é um só. Do contrário, se assim não pensarmos, não haverá a segurança jurídica necessária à manutenção da paz e da segurança social.

Se é na sentença que o Estado, substituindo a vontade das partes, faz valer a lei e, portanto, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas (cf. art. 468 CPC), tal decisão tem proteção constitucional nas cláusulas pétreas, pois “*a lei não prejudicará ... a coisa julgada*” (cf. art. 5º, XXXVI da CRFB).⁴⁶

Há nesse caso identidade da *eadem causa petendi* (a mesma causa de pedir); identidade sobre o fato sobre o que decide a sentença e aquele sobre o que se quisera acionar: *eadem res* (a mesma coisa) e; por último, identidade também de pessoa: *eadem persona* (a mesma pessoa).

8º caso: Tício, Caio e Mévio são processados e julgados pelo crime de latrocínio tentado (subtração patrimonial tentada e homicídio tentado) sendo condenados no 1º grau de jurisdição. Apela da sentença alegando, primeiro, inépcia da denúncia e, segundo, atipicidade do fato. O Tribunal de Justiça, por maioria de votos, nega provimento ao recurso, porém um voto vencido dava provimento para absolver os acusados.

A Defensoria Pública interpõe recurso de Embargos Infringentes com base no voto vencido e o Grupo de Câmaras absolve os acusados alegando que o fato era atípico e determina a remessa dos autos à comarca de origem

⁴⁶Confronte para tanto esta passagem lúcida feita pelo Dr. Marcelo Abelha em sua obra “Elementos de Direito Processual Civil”, 1 edição, São Paulo, RT, 2000, v. 2, p. 279, afirmando que “*Por intermédio desse preceito fica extremamente clara a opção política do legislador, de que, ‘com a sentença definitiva não mais sujeita a reexames recursais, a res in iudicium deducta se transforma em res iudicata, e a vontade concreta da lei, afirmada no julgado, dá ao imperativo jurídico, ali contido, a força e autoridade de lex specialis entre os sujeitos da lide que a decisão compõe’.*”

para que o Ministério Público ofereça denúncia pelo crime de homicídio tentado que, na opinião do Tribunal, era o crime remanescente.*

Pergunta-se: está correta a decisão do Tribunal em absolver pelo latrocínio tentado e entender que havia crime de homicídio tentado determinando o oferecimento de denúncia em face dos acusados por este crime?

Resposta:

A negativa se impõe. Quanto à absolvição pelo crime de latrocínio tentado, o Tribunal agiu dentro de sua esfera de competência e a decisão deve ser (como foi) cumprida. Porém, determinar que se instaure contra os réus processo por crime de homicídio tentado foi um equívoco, para não dizer um *error in iudicando*. Até por que o recurso foi exclusivo dos réus não sendo admissível uma reforma que não seja aquela pedida. Ou dá o que os réus pediram ou deixa como está, porém, jamais piorar de qualquer modo, sua situação jurídica (cf. art. 617 do CPP). Na medida em que dá provimento aos embargos infringentes, porém manda processar os réus por outro crime, julga *ultra petita*.

Os réus já foram absolvidos pelo fato ocorrido na vida e que foi objeto do processo, fazendo operar, assim, a coisa julgada. Dar uma nova roupagem jurídica ao fato é criar uma instabilidade social aos acusados, agora absolvidos pelo Tribunal, deixando-os na eterna incerteza de quando aquele conflito terá fim. No mesmo sentido não cabe ao Judiciário determinar ao Ministério Público que ofereça denúncia por esse ou aquele fato, em verdadeira afronta ao sistema acusatório e, principalmente, a característica *mor* da jurisdição que é a imparcialidade do órgão jurisdicional. Na medida em que assim age, compromete sua posição de sujeito processual imparcial.

9º caso: Ticio é processado e julgado pelo crime de roubo simples (art. 157, *caput*, do CP), sendo absolvido. A sentença absolutória transita em julgado. A autoridade policial, através do depoimento de várias pessoas que não prestaram depoimento nos autos do inquérito e muito menos no processo, porém compareceram à delegacia, espontaneamente, verifica que, na verdade, houve emprego de arma de fogo por parte de Caio que ameaçou a vítima enquanto Ticio subtraía a *res*, inclusive, logrando êxito em localizar a arma na residência de Caio, sendo este reconhecido pelas testemunhas.

* Este fato é verídico e foi vivido pelo autor na comarca de Cachoeiras de Macacu no interior do Estado do Rio de Janeiro em 1996.

Diante dessas peças de informação a autoridade policial remete as mesmas para a vara criminal onde Ticio foi julgado e o juiz dá vista ao Promotor de Justiça para que adote as providências que entender cabíveis.

Pergunta-se: pode o Promotor de Justiça oferecer denúncia, pelo mesmo fato, em face de Ticio e Caio, porém imputando aos mesmos o crime de roubo com emprego de arma de fogo e mediante concurso de agentes (art. 157, § 2º, I e II do CP)?

Resposta:

Quanto a Ticio nada mais se pode fazer, já há o trânsito em julgado e não pode ser ele chamado para responder pelo mesmo fato. O fato é um só. Se o Estado não identificou e apurou o fato corretamente, estando a decisão acobertada pelo trânsito em julgado, Ticio está livre das garras da justiça. Do contrário, seria estabelecermos o *bis in idem*⁴⁷.

Entretanto, quanto a Caio nada impede que seja chamado para responder pelo crime de roubo com emprego de arma de fogo e mediante concurso de agentes, na medida de sua culpabilidade. A sentença fez coisa julgada entre as partes, às quais foi dada, ou seja, o Estado-administração (Ministério Público) e Ticio, mas não para Caio. Nesse caso, Caio teve o componente subjetivo necessário da co-autoria, qual seja: a resolução comum de realizar o fato, o atuar de cooperação consciente e querida⁴⁸. Portanto, deve responder na medida de sua culpabilidade. Entender que Caio não pode ser processado pelo crime que cometeu é garantir sua impunidade, fim este não visado pela coisa julgada. A coisa julgada é medida de garantia e não de impunidade àquele que não foi julgado (*cf.* nota nº 38, *supra*).

10º caso: Ticio é investigado em regular inquérito policial pela prática do crime de furto qualificado mediante rompimento de obstáculo, porém não há o laudo de exame de corpo de delito, mas sim os depoimentos do lesado e de três testemunhas comprovando o rompimento. Concluído o inquérito, o Ministério Público denuncia Ticio pelo furto simples entendendo que o exame de corpo de delito, comprovando o rompimento, era indispensável, e, portanto, nada menciona quanto à qualificadora. O juiz recebe a

⁴⁷ A expressão *bis in idem* não pode autorizar o entendimento de que deve sempre haver punição (condenação) no primeiro processo para evitar o segundo, mas sim, a impossibilidade de novo processo pelo mesmo fato, independentemente do resultado do primeiro.

⁴⁸ Jescheck, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal – parte geral**. 4 edição, Espanha, Comares, 1993, p. 618.

denúncia e silencia quanto à qualificadora. No curso da instrução, o laudo chega aos autos comprovando o rompimento de obstáculo.

Pergunta-se: pode o Ministério Público aditar a denúncia para incluir a qualificadora do rompimento de obstáculo, considerando ser o laudo prova nova?

Resposta:

A resposta é negativa. Não há no processo penal hierarquia entre as provas, ou seja, uma prova não vale mais do que a outra. O Ministério Público tinha em mãos provas que autorizavam o oferecimento de denúncia pelo furto mediante rompimento de obstáculo e não utilizou, acarretando, assim, o arquivamento implícito objetivo do tipo derivado (rompimento de obstáculo) do inquérito policial. O laudo, surgido no curso da instrução, não é considerado *substancialmente* prova nova, mas sim, *formalmente*, o que significa dizer: não altera o quadro probatório do processo a ponto de ser considerado prova nova. A prova da qualificadora já constava do inquérito e não foi utilizada.

O princípio reitor para o Ministério Público oferecer denúncia é o do *in dubio pro societate*, ou seja, na dúvida, diante das provas contidas no inquérito, deve resolvê-la em favor da sociedade, denunciando o indiciado.

Assim, houve o arquivamento implícito objetivo do elemento derivado do tipo e o laudo constitui prova nova formal e não substancial⁴⁹.

Do contrário, havendo prisão em flagrante delito pela prática do crime de homicídio e não havendo, ainda, laudo nos autos do inquérito, não se poderia oferecer denúncia com base nos outros elementos de prova constantes dos autos, o que constituiria verdadeiro absurdo.

XI. CONCLUSÃO

É chegada a hora de tirarmos uma conclusão do trabalho apresentado com o escopo de sintetizarmos nossa posição.

1. O processo penal moderno tem uma função nitidamente garantista visando a assegurar ao acusado todos os direitos previstos na Constituição, não havendo mais espaço, dentro do Estado Democrático de Direito, para o processo punitivo exclusivista, ou seja, àquele que, a todo custo, procurava um culpado, fosse ele quem fosse, visando a segregar-lhe a liberdade sem assegurar-lhe os direitos fundamentais.

⁴⁹ Cf. para melhor esclarecimento sobre o conceito de prova substancial e formalmente nova a obra do autor citada na nota n.º5 em sua p. 117.

2. O sistema acusatório é a base de todo o sistema processual penal democrático onde o juiz é afastado da persecução penal, sendo-lhe vedado agir *ex officio*. Portanto, qualquer alteração na peça exordial, seja de fato, do sujeito, ou de elementos agregadores do fato (tempo, lugar, horário, data), somente poderá ser feita pelo titular privativo da ação penal pública: o Ministério Público. Trata-se de uma garantia do acusado visando a resguardar a imparcialidade do órgão julgador.

3. O ônus da prova no processo penal, diante da regra inserta no art. 5º, LVII da CRFB, é exclusivo do Ministério Público, ou seja, o fato ocorrido no mundo dos homens deve ser trazido em sua integralidade para o objeto do processo, sob pena do réu, se absolvido for com trânsito em julgado, não poder ser chamado novamente para responder pelo mesmo fato. Se algum pedaço do fato for excluído na denúncia, somente poderá ser trazido para os autos mediante provas novas e o ônus é todo do Ministério Público.

4. O princípio da correlação entre acusação e a sentença é regra que deve ser observada a fim de impedir que o juiz julgue *ultra, citra e extra petita* respeitando, assim, o direito ao contraditório e a ampla defesa. O réu não pode ser surpreendido com condenação por fato diverso do que constar na denúncia.

5. O direito de defesa deve ser efetivo, ou seja, a defesa técnica é irrenunciável e isto significa que o defensor não pode ser privado do exercício pleno dos direitos previstos na Constituição, assegurando ao acusado que o juiz não conhecerá de fatos que não constem da peça exordial, pois se o réu não exerceu o contraditório sobre aqueles fatos discutidos na instrução, porém que não constam da denúncia, o defensor deve impugnar o *decisum* através da medida judicial cabível, inclusive, contra a própria vontade do réu. O contraditório é sobre os fatos contidos na denúncia e não sobre os fatos discutidos na instrução.

6. O objeto do processo penal é a pretensão processual penal que veicula a acusação, traduzida esta na imputação + pedido. O fato que serve de suporte à imputação, ou o fato que é imputado, é o fato da vida, o acontecimento histórico e que deve estar devidamente individualizado na denúncia, sob pena de não poder ser objeto da sentença sem o aditamento à denúncia.

7. A coisa julgada é um instituto de garantia de todo e qualquer indivíduo processado de que, uma vez decidido o litígio pelo Estado-juiz, o

mesmo não poderá mais ser discutido, assegurando assim a paz e a tranqüilidade social. O *no bis in idem* é medida de garantia do acusado.

8. As regras previstas nos arts. 384 e seu parágrafo único e 385, ambas do CPP, são inconstitucionais, pois permitem que haja acusação implícita e que o juiz conheça de circunstâncias que aumentam a pena sem que constem da acusação.

Assim, havendo alteração fática face à presença de elementos que integram o fato, porém que não constam da denúncia, deverá a mesma ser aditada pelo órgão acusador, fique a pena menor, igual ou maior. Não importa, o réu tem o direito de se defender dos fatos descritos na denúncia e não da capitulação jurídico-penal dada aos fatos. ◆

Obs.: O trabalho ora apresentado está sujeito a alterações pelo simples fato de seu autor continuar estudando a matéria e, principalmente, por estar aberto às críticas construtivas que possam ser feitas pelos leitores.

ELEIÇÕES PARA JUIZ DE DIREITO?!

RICARDO A. MALHEIROS FIÚZA

Professor de Direito Constitucional

Volta e meia, fala-se em eleições populares para o cargo de Juiz de Direito. E o costume é citar os Estados Unidos como exemplo desse tipo de procedimento. Sem querer abrir polêmica (das quais tenho solene antipatia), dou aqui a minha opinião. O sistema de eleição para a magistratura está em pleno desuso no mundo inteiro. Os países da antiga “cortina-de-ferro”, que o adotavam, já não o fazem mais e têm se aproximado dos Estados da União Européia, sobretudo de França e Portugal, em busca de orientação sobre critérios de seleção e formação de magistrados.

Nos Estados Unidos, a Justiça Federal não adota o sistema eleitoral para escolha de seus juízes. E já não são mais todos os 50 Estados da Federação a adotarem o sistema de eleições diretas. Na verdade, lá existem quatro tipos de escolha de juízes estaduais: a) nomeação pelo chefe do executivo com prévia aprovação do legislativo; b) nomeação pelo chefe do executivo entre nomes constantes de lista formada por comissão independente de alto nível; c) eleição indireta pelo legislativo; e d) eleição popular.

É preciso lembrar ainda que os juízes estaduais americanos não têm carreira: apontados ou eleitos para um *county* (comarca), ali ficam até o final de seu mandato (que é variável), podendo ser reconduzidos ou reeleitos para o *mesmo* posto. Não há promoções ou remoções.

O Professor Daniel Meador, catedrático de Direito da Universidade da Virgínia, especialista em Organização Judiciária, em seu livro **American Courts**, um *best-seller* no assunto, afirma que o ato de *candidatar-se*, em eleições, a um posto na magistratura traz sempre problemas, seja nos Estados que exigem filiação partidária (o que é pior!), seja naqueles outros que admitem candidatura sem partido. Ironicamente, ele próprio questiona sobre que “plataforma” o candidato deve apresentar... E acrescenta: “Outro problema grave é o financiamento da campanha. As campanhas para a judicatura têm se tornado crescentemente

caras, situação exacerbada pelo alto custo da publicidade televisiva, considerada essencial para o sucesso da disputa. O candidato precisa levantar esses fundos com outras pessoas, principalmente com advogados que podem lhes aparecer na frente, no futuro. O dano à objetividade judicial e à *aparência* dessa objetividade é óbvio”.

Embora nossa federação tenha como modelo a federação norte-americana, entendo que nosso direito e nosso sistema judiciário são muito mais “europeus” que “americanos”. E na Europa não se fala em eleição popular para o ingresso na magistratura. Senão vejamos (e aqui vou citar somente os países que visitei e onde pesquisei a organização judiciária).

Em **Portugal**, a seleção dos magistrados é feita por concurso público no excelente Centro de Estudos Judiciários, onde os aprovados serão preparados por vinte e três meses, antes de assumirem sua função judicante.

Na **França**, os candidatos a juiz ingressam por concurso na École Nationale de la Magistrature, e aí recebem formação inicial de dois anos e sete meses.

Na **Itália**, os pretendentes à magistratura fazem provas escritas e orais disputadíssimas e, depois, seguem um curso de *tirocínio* de, “no mínimo, seis meses” em Frascatti.

Na **Espanha**, com sua pioneira Escuela Judicial, os aspirantes a juiz têm que se submeter a um concurso público de dissertação oral e, em seguida, farão um curso de dois anos em Barcelona.

Na **Alemanha**, também não há eleições para juiz e nem há concurso público. As nomeações levam em conta os graus obtidos nos exames finais das faculdades de Direito.

Deixando a Europa e indo mais para o Oriente, veremos que:

No **Japão**, os futuros magistrados têm que vencer um vestibular rigorosíssimo no Instituto Jurídico de Treinamento, onde estudarão por dois anos, após os quais, se aprovados, serão nomeados.

Na **Austrália**, os juízes são escolhidos e nomeados pelo Governador Geral (representante da Rainha), assessorado na escolha pelo Conselho Federal, entre nomes de pessoas altamente qualificadas.

Até o heróico **Timor-Leste**, cujas normas judiciárias tenho ajudado a elaborar por delegação da ONU, já cuida de ter um *concurso* para ingresso na judicatura seguido de curso de formação.

Na verdade, o que se vê pelo mundo a fora é uma grande preocupação com a seleção dos juízes e, sem sombra de dúvida, tendo em vista a

peculiaridade da função judicante, não se recomenda o processo eleitoral e, sim, o *concurso público* que é tão democrático quanto as eleições.

E não há que se falar que o eleitorado brasileiro é despreparado para tal tipo de sufrágio. O sistema eleitoral para a Magistratura é que não é aconselhável.

Concluindo, discordo de quem afirma que os juízes não têm legitimidade democrática porque o povo não lhes delegou o poder. Os magistrados têm, sim, legitimidade democrática, eis que o *poder institucional*, aquela força que deriva do Estado, é adquirido, também, pela investidura legal, após concurso público como se faz no Brasil. ◆

A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA

Juíza Titular da 5ª Vara Cível da Comarca de Duque de Caxias

1. INTRODUÇÃO

A atual sociedade brasileira vem exigindo uma reflexão jurídica acerca da universalização dos direitos fundamentais, com a necessária implementação daqueles que são essenciais à sua manutenção e ao seu desenvolvimento.

Entre esses direitos certamente está o da educação fundamental, finalmente erigido à categoria de público subjetivo, que conta com garantias constitucionais à sua efetivação¹.

Com o advento da Constituição Cidadã de 1988, pode-se dizer que o brasileiro vem descobrindo a importância da educação para o exercício da cidadania, chegando a estruturar um novo ramo do direito: o *Direito Educacional*, o qual recebeu de ÁLVARO MELO FILHO² o conceito de “conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos sistematizados, que objetivam disciplinar o comportamento humano relacionado à educação”, havendo, agora, de a ele se incorporar os preceitos constitucionais que lhe dão nova feição, principalmente no que toca à educação fundamental.

Sem dúvida que chegar a esse ponto, ainda que incipiente, demandou muito esforço, muita perseverança. Entretanto, o Brasil dos quinhentos anos, com um acanhado avanço cultural, vem conseguindo compreender a necessidade de os cidadãos terem noção plena e integral do papel que compete a cada um desempenhar. Acresça-se que, sem que todos tenham consciência dos mecanismos produtivos do trabalho, os quais levam inexoravelmente a um desenvolvimento econômico, o colapso do próprio Estado estaria por acontecer.

¹ Artigo 205 c/c 208, *caput* c/c seu inciso I, bem como o seu §1º, todos da Constituição Federal.

² MELO FILHO, Álvaro. “Direito Educacional: aspectos teóricos e práticos”. **REVISTA MENSAGEM**. Fortaleza, nº 8 (número especial sobre Direito Educacional): 1982/1983. p. 54.

E não é por acaso que os países desenvolvidos consideram o ensino básico como merecedor da máxima prioridade, podendo-se ainda acrescentar que, à medida em que a escolaridade dos cidadãos toma espaço, cresce, na mesma importância, o desenvolvimento do país, deslocando-se, portanto, o termo obrigatório do ensino basilar para o médio (como, por exemplo, já é o caso dos Estados Unidos da América e da Inglaterra, onde o ensino fundamental abrange também aquele que o Brasil denomina de ensino médio) e, ainda, para o ensino técnico-superior (como na Alemanha).

Recente artigo divulgado pela Revista **BIDAMÉRICA on line**³, do Banco Interamericano de Desenvolvimento, destaca que há muito tempo os economistas partem do princípio de que níveis mais altos de educação contribuem para o desenvolvimento econômico.

Embora difícil de quantificar essa ligação, a edição de 1997 do Relatório do BID sobre o Progresso Econômico e Social da América Latina - *baseado em diversos estudos técnicos recentes para calcular o efeito sobre o crescimento econômico do aumento do nível de escolaridade da mão-de-obra da região, que é hoje relativamente baixo: 5,3 anos (4,9 anos, quando ajustado por população)* - mostra quanto de retorno a região pode esperar dos investimentos em educação, afirmando que: “*A taxa de crescimento potencial da América Latina se elevaria substancialmente nos próximos dez anos se o nível médio de escolaridade da mão-de-obra aumentasse um ano (acima das atuais tendências)*”.

A estimativa é de que um aumento assim elevaria em 1% o potencial médio da taxa de crescimento na próxima década. Essa diferença pode se traduzir em melhorias muito grandes no poder aquisitivo médio do latino-americano.

Em termos microeconômicos, a educação permite aos indivíduos adquirir conhecimentos gerais e assimilar informações de modo mais eficiente. Trabalhadores com maior escolaridade adaptam-se mais facilmente a novos processos de produção, têm melhor capacidade de comunicação, o que lhes permite cooperar com os colegas na solução de problemas de produção. São, por isso, capazes de executar tarefas mais complexas em manufatura e serviços, aproveitando melhor a tecnologia e tornando-se mais produtivos. Por tudo isso, acabam adicionando valor ao produto econômico do país⁴.

³ <http://www.iadb.org/extr/IDB/stories/1997/POR/8f.htm>

⁴ WASHINGTON DC. Inter-American Development Bank. **Economic and Social Progress in Latin America: 1997 Report.**

Por essa razão, e já não sem tempo, o Brasil começa a investir na educação.

A representação deste primeiro momento é a educação fundamental - *obrigatória e gratuita, com sua oferta inclusive para aqueles que não tiveram acesso na idade própria* -, compreendida entre a 1ª e a 8ª séries do ensino fundamental, na forma prescrita pela Lei nº 9.394, de 20.12.1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, artigos 32 e seguintes.

Essa fase da educação, que terá a duração mínima de oito anos, tem por escopo a formação básica do cidadão, mediante o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo; a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade; o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades, a formação de atitudes e valores, o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.

E, para atingir a meta traçada, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece para a educação princípios gerais no seu artigo 206 e garante, através de seu artigo 208, inciso VII, atendimento priorizado ao educando do ensino fundamental através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. Assim, aliada à maior oferta de vagas no ensino fundamental, deverá haver toda uma estruturação específica, quer das entidades públicas, quer das entidades privadas, conformada em direitos especiais ligados ao ensino básico, apta a incentivar, manter e expandir esse ensino basilar a todos os brasileiros.

2. EDUCAÇÃO COMO EXERCÍCIO PLENO DO DIREITO DE LIBERDADE E INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO

RUI BARBOSA, como enfatiza a história, muito conseguiu realizar ao transformar a tribuna parlamentar em um instrumento de luta na construção de uma nova ordem política. Ferrenho defensor da educação popular, o grande político baseava-se nas três nações mais eminentemente individualistas e desenvolvidas da época, as quais ele considerava o berço do mais enérgico sentimento da pessoa humana, da mais real autonomia das localidades, do mais constitucional governo do povo por si mesmo.

Para ele, as nações inglesa, americana e suíça eram aquelas onde o governo reinava e a opinião governava.

A Inglaterra de 1833 foi brindada com o primeiro subsídio nacional a escolas populares. Ainda que muito pouco no início, aquele era o começo de uma nova fase, de um novo tempo, pois que ao Estado interessava a quantidade e a qualidade de instrução do seu povo.

Já em 1839, estabeleceu a nação inglesa uma repartição de instrução pública (**Committee of The Privy Council on Education**) e, desde então, não se concederam subvenções escolares, senão sob cláusulas ditadas pelo governo. A participação do Estado na instrução pública recebeu a consagração oficial: criou-se uma instituição permanente, cuja missão era a de subvencionar o ensino primário, isto é, até certo ponto, dirigi-lo⁵.

Os Estados Unidos - na visão de RUI BARBOSA, a grande república do norte -, desde a sua independência em 1776, mantinham a nítida intuição de seus patriarcas, que pregavam ao povo que a cultura da alma humana é o primeiro elemento, não só moral, como econômico e político, da vida de um Estado.

Portanto, não há de se surpreender quando RUI destacava nos seus discursos as manifestações de eminentes figuras políticas, valendo ressaltar a dos presidentes: JAMES MADISON⁶, o quarto governante dos Estados Unidos da América, em discurso proferido em 1809: “*Fomentar o adiantamento da ciência e a vulgarização dos conhecimentos, o melhor alimento*

⁵ BARBOSA, Rui. **Reforma do ensino primário e várias instituições complementares da instrução pública**. V. X, tomo II. Edição comemorativa do 1º centenário dos pareceres apresentados na Câmara do Império em 1883. Fundação Casa de Rui Barbosa, Fundação Cultural do estado da Bahia e Conselho Estadual de Educação. Publicado pelo Ministério da Educação e Saúde. Rio de Janeiro, 1946. p. 99 a 109. É certo que até chegar neste ponto, a educação popular inglesa passou por muitos dissabores. Grande hostilidade enfrentou do clero anglicano e de todos os partidários da igreja oficial, que envidavam esforços para obstar a manutenção da subvenção. Entretanto, a intervenção do Estado na educação fincou-se definitivamente, a ponto de John Bright declarar para o **Times** (em 9.12.1881) que, “*se alguma coisa me coubesse dizer, capaz de atenuar as carregadas cores deste quadro (referindo-se à desditosa condição das classes operárias na Inglaterra), seria para vos lembrar que provavelmente nenhum país do mundo, nos últimos dez anos, se aproxima deste na magnitude dos esforços empregados em favor da educação*”.

⁶ *Op. cit.*, p. 122 e ss. JAMES MADISON redigiu as resoluções de Virgínia (1798), as quais demonstravam o ressentimento contra as leis de estrangeiros e de sedição. Foi Secretário de Estado (1801-1809) no governo JEFFERSON, sucedendo este como quarto presidente dos EUA (1809-1817). Foi conhecido como o Pai da Constituição.

da verdadeira liberdade⁷” e JAMES MONROE⁸, o quinto governante, em discurso proferido em 1817: “*Como melhor dos meios de preservar as nossas liberdades, empreguemos todas as medidas sábias e constitucionais em desenvolver a inteligência da nação*”⁹”.

Este último, fortaleceu a história do seu país com mensagens tão fortes sobre a educação, que RUI as destacava com empenho em seus pronunciamentos: “*Um governo popular sem instrução popular, nem meios de obtê-la, é apenas o prólogo de uma farsa ou de uma tragédia, se não de uma e outra coisa*”¹⁰ (de 4.8.1822); e “*O melhor serviço possível a um país, depois de lhe granjear a liberdade, está em dilatar o cultivo mental do povo, igualmente essencial à preservação e à fruição dessa bênção*”¹¹ (de 29.3.1826).

Não deixado de destacar o profundo sentimento norte-americano pela educação, ao revelar à nação brasileira os resultados apresentados pelo Relatório do Secretário do Conselho de Instrução Pública em 1856.

Referido documento comprova que em 1837 o poder produtivo do Estado de Massachussetts era de US\$ 86.282.616 por ano, o que, dada a população desse tempo, correspondia a US\$ 125 de produção por pessoa. Entretanto, neste mesmo ano, as cidades e povoados se impuseram taxas para o custeio das escolas na quantia de US\$ 387.124, aumentando-a gradativamente nos anos subseqüentes. Assim, ao conferir a produtividade desenvolvida no período de 1837 a 1855, chegou-se à produção anual na casa de US\$ 295.820.681, soma que, considerado o aumento da população, correspondia a US\$ 262 por habitante, concluindo o relatório com a seguinte sentença¹²: “*Poucas necessidades e minguados recursos tem um povo*

⁷ *Ibid*, p. 123. “*To favor in like manner the advancement of science and the diffusion of information as the best aliment to true liberty*”.

⁸ *Ibid*, p. 123. JAMES MONROE fez parte do Congresso Continental, de 1783 a 1786, intervindo na aprovação da constituição federal. Foi governador de Virgínia de 1799 a 1802 e eleito presidente dos EUA para o mandato de 1817 a 1825, sucedeu JAMES MADISON.

⁹ *Ibid*, p. 123. “*Let us by all wise and constitutional measures promote intelligence among people as the best means of preserving our liberties*”.

¹⁰ *Ibid*, p. 123. “*A popular government, without popular information or the means of acquiring it is but a prologue to a force or tragedy, or perhaps to both*”.

¹¹ *Ibid*, p. 123. “*The best service that can be rendered to a country, next to that of giving it liberty, is in diffusing the mental improvement, equally essential to the preservation and the enjoyment of this blessing*”.

¹² SARMIENTO, D.F. “Las escuelas: base de la prosperidad y de la república en los Estados Unidos”. **Informe al Ministro de Instrucción Pública en la República Argentina**. Nova Iorque. 1873. p. 32, 34, 37 e 38.

deseducado; ao passo que a cultura intelectual cria necessidades adicionais e provê de meios para as satisfazer. A variedade e extensão dos cômodos gozados serão proporcionais sempre ao cultivo, maior ou menor, do entendimento. Se há, com efeito, verdade econômica bem estabelecida, está em que o país mais ilustrado é, ou há de ser, se ainda não o é, o mais rico”.

Porém, baldados os esforços de RUI BARBOSA, que em 1881 chegou até a elaborar um projeto de Reforma do Ensino Primário¹³, a política educacional não se modificou.

Enquanto os países mais adiantados já sentiam que guarnecer de conhecimento o seu povo, fortalecendo o exercício do direito de liberdade, trazia uma resposta bastante positiva ao Estado, pois o desenvolvimento econômico se dava de forma mais veloz, o Brasil precisou passar por uma série de problemas conjunturais para, enfim, ter a educação como mola propulsora do desenvolvimento.

3. FONTE DE CUSTEIO DA EDUCAÇÃO, A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 14/96 E O FUNDEF

O maior problema enfrentado pela educação no Brasil sempre foi a destinação de verbas específicas. A escassez de recursos sempre aparecia como uma tônica constante em todos os governos.

O Brasil não tinha por hábito legal deixar clara a vinculação de verbas para as atividades financeiras, sendo possível verificar essa assertiva desde a Carta de 1824, quando, então, estabelecida a instrução primária gratuita a todos os cidadãos (art. 179, *alínea 32*) não havia qualquer previsão de fonte de custeio (*alínea 15*).

Na mesma esteira, a Constituição de 1891 sequer atribuiu receita ao atendimento do sistema educacional popular, muito embora tivesse deixado ao Congresso (art. 35) a incumbência de criar instituições de ensino superior e secundários nos Estados.

Já a Carta Magna de 1934 estabeleceu a aplicação de, no mínimo, 10% da renda resultante de impostos da União e dos Municípios (*sendo que 20% das cotas destinadas pela União para a educação, anualmente, eram*

¹³ BARBOSA, Rui. **Reforma do ensino primário e várias instituições complementar es da instrução pública**. V. X, tomo IV. Edição comemorativa do 1º centenário dos pareceres apresentados na Câmara do Império em 1882. Fundação Casa de Rui Barbosa, Fundação Cultural do Estado da Bahia e Conselho Estadual de Educação. Publicado pelo Ministério da Educação e Saúde. Rio de Janeiro, 1946. p. 71 a 149.

destinadas, também por força de lei, para o ensino nas zonas rurais) e 25% da mesma renda dos Estados e do Distrito Federal para a manutenção e desenvolvimento dos sistemas educativos. Houve, também, a previsão para as sobras das dotações orçamentárias, acrescidas das doações, das percentagens sobre o produto de vendas de terras públicas, das taxas especiais e outros recursos financeiros, os quais constituiriam fundos especiais da União, dos Estados e dos Municípios a serem aplicados exclusivamente em obras educativas, determinadas em lei.

Ainda que o legislador constituinte não tivesse sido suficientemente claro acerca da destinação de verba específica para atender à educação, deixando à margem de lei complementar a sua instituição, esses dispositivos apresentaram um avanço na atividade financeira destinada à educação.

Porém, como já dito anteriormente, a Constituição Democrática de 1934 não chegou a vingar, por força do golpe de Estado e a consequente outorga da Carta de 1937, que, por sua vez, nada dispôs a respeito.

A Constituição de 1946 determinou que a União aplicasse nunca menos de 10% (dez por cento), e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nunca menos de 20% (vinte por cento) da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Entretanto, essas especificações ainda não eram suficientes para atender às necessidades que a educação impunha.

A Carta de 1967 não trouxe qualquer alteração no que toca ao custeio da educação, porém, a ausência de verbas para tal, acabou por preocupar os militares, quando, ao assumirem o poder, espantaram-se com a situação caótica encontrada no sistema educacional do País.

Desse modo, os ajustes para o Estado cumprir com o dever da educação foi sendo, aos poucos, efetivado através de leis infraconstitucionais. Assim esclarece OLIVEIRA MOTTA¹⁴: *“para enfrentar a difícil e deficitária realidade educacional, o Governo procura, de imediato, ampliar os recursos financeiros para a educação, através da criação do salário-educação (Lei nº 4.440, de 27.10.1964), a qual foi modificada pelo Decreto-lei nº 55.551, de 12.1.65, para atender diretamente à falta de verbas para expansão do ensino primário. No dia 21 de novembro de 1968, cria o Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação – FNDE, complementado pelo Decreto-lei nº 872, de 15 de setembro de 1969”*.

¹⁴ *Op. cit.*, pág. 134.

A Constituição de 1969, no seu artigo 15, alínea f, trouxe algumas alterações no tocante, pois determinou aos Municípios, de forma indireta, a aplicação de 20% (vinte por cento), no mínimo, de sua receita tributária no ensino municipal, sob pena de intervenção nos Estados.

Mas foi com o advento da Constituição Cidadã de 1988 que o Brasil deu o grande passo, assumindo o compromisso de atender ao dever do Estado com a educação fundamental, garantindo-lhe meios para a efetivação desse direito, com fonte de custeio e verbas diretamente vinculadas ao mister.

Com efeito, esse compromisso com que a novel Constituição gravou o orçamento público fez florescer dois direitos essenciais: a) *o direito, irrecusável a toda a criatura humana, de que a sociedade lhe ministre, no primeiro período da evolução individual, os princípios elementares de moralidade e intelectualidade*¹⁵, *sem os quais não há homem responsável, sem os quais é cativo a lei, um absurdo a imputabilidade e a repressão torna-se uma injustiça;* b) *o direito incontestável à sociedade de negar-se a receber no seio da ordem comum cérebros atrofiados pela ausência dessa educação rudimentar, à minguada da qual o ente humano se desnatura e inabita para a convivência racional.*

Na verdade, a Carta Fundamental, originariamente, estabelecia, no seu artigo 211, *caput*, que a União organizaria e financiaria o sistema federal de ensino e o dos Territórios e prestaria assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o desenvolvimento de seus sistemas de ensino e o atendimento prioritário à escolaridade obrigatória. Dispondo, ainda, o artigo 212 sobre a aplicação anual a cargo da União e dos demais entes federados na manutenção e desenvolvimento do ensino e vinculando os recursos para os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde. O artigo 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, apresenta norma de natureza meramente programática, para um objetivo tão forte como a eliminação do analfabetismo e a universalização do ensino fundamental.

Mas, certamente, que apenas as verbas estipuladas, bem como o encargo da União nessa tarefa não foram suficientes para atender a uma meta

¹⁵ STEELE, G. **General report for the year 1880**. Preston District. Inglaterra, 1880. Enunciada na Inglaterra do século XIX, em um documento oficial, esta afirmação do direito de todas as crianças ao ensino e do dever social de gratuidade da instrução comum merece ainda hoje especial atenção e principalmente no Brasil.

ção especial, devidamente tratada como direito fundamental e com garantias próprias para a sua efetivação, valendo citar o atendimento ao educando, no ensino fundamental, com programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Portanto, era hora de ir mais longe e arriscar.

E foi esta a motivação que levou o Brasil à Emenda Constitucional nº 14, de 13.9.1996, mesma época em que conseguia renegociar com o Fundo Monetário Internacional (FMI), vindo, assim, demonstrar o efetivo interesse político na erradicação do problema que emperrava o desenvolvimento econômico brasileiro.

A Emenda Constitucional nº 14/96 modificou os artigos 34, 208, 211 e 212 da Constituição, além de dar nova redação ao artigo 60, do ADCT. Entre as modificações operadas, as mais importantes foram, sem dúvida, a) a do §1º, do artigo 211¹⁶ - *que atribuiu à União, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios* -, b) a do §5º do artigo 212¹⁷ - *que impediu que as empresas deduzissem a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes* -, e c) a do artigo 60¹⁸, com inclusão dos parágrafos 1º a 7º do ADCT, vinculando efetivamente verbas específicas ao ensino fundamental.

Com efeito, os citados dispositivos introduzidos pela Emenda Constitucional nº 14/96 cumpriram a sua missão, qual seja, a de criar meios para a implementação financeira do direito público subjetivo conferido pela Lei Fundamental, vinculando verbas específicas para tal.

¹⁶ A redação originária tinha o seguinte teor: “§1º. A União organizará e financiará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, e prestará assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o desenvolvimento de seus sistemas de ensino e o atendimento prioritário à escolaridade obrigatória”.

¹⁷ A redação originária tinha o seguinte teor: “O ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida, na forma da lei, pelas empresas, que dela poderão deduzir a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes”.

¹⁸ A redação originária do *caput* e seu parágrafo único era a seguinte: “Nos dez primeiros anos da promulgação da Constituição, o poder público desenvolverá esforços, com a mobilização de todos os setores organizados da sociedade e com a aplicação de, pelo menos, cinquenta por cento dos recursos a que se refere o art. 212 da Constituição, para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental. Parágrafo único: “Em igual prazo, as universidades públicas descentralizarão suas atividades, de modo a estender suas unidades de ensino superior às cidades de maior densidade populacional”.

Impõe-se, assim, a análise desse texto legal, iniciando pelo artigo 34, da Constituição da República Federativa do Brasil, que trata da intervenção da União nos Estados, bem como no Distrito Federal.

Ao inciso VII do citado dispositivo legal (art. 34) foi acrescentada a alínea *e*, estabelecendo a possibilidade de intervenção no Estado (ou Distrito Federal) que não promovesse a “*e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino*”.

E continua o legislador constitucional com o arcabouço protetivo e implementador da educação, estatuinto, no artigo 212, da Carta Magna, que os Estados e o Distrito Federal têm que aplicar, anualmente, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de *transferências*, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Essas receitas tributárias referem-se não só àquelas ínsitas no artigo 155, do Texto Fundamental, provenientes de impostos: a) sobre a transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos; b) sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; como c) sobre a propriedade de veículos automotores, *mas também aquelas referenciadas no artigo 157*, do mesmo diploma legal, que prevêm aos Estados e ao Distrito Federal o produto da arrecadação do imposto da União e d) sobre a renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem, além de 20% (vinte por cento) do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo artigo 154, I, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Do que se vê, ao tempo em que restou determinada a vinculação de 25% (vinte e cinco por cento), no mínimo, das receitas tributárias para a manutenção e desenvolvimento do ensino, ficou também estabelecido que o não cumprimento da determinação constitucional pode redundar em intervenção da União nos Estados (e no Distrito Federal).

Não resta dúvida que a Emenda Constitucional veio reforçar a integridade nacional, repelindo não só o mau uso da autonomia dos Estados e do Distrito Federal, mas também a não-observância da meta de garantir o direito constitucional da educação.

Dando continuidade à análise dos dispositivos introduzidos ou alterados pela Emenda Constitucional nº 14, relevam-se os incisos I e II, do artigo 208, do Texto Fundamental, os quais destacam que: “*O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito*”.

O inciso I, acima mencionado, assegurou a gratuidade de oferta do ensino fundamental a todos, inclusive àqueles que a ele não tiveram acesso na idade própria - 7 a 14 anos ou 6 a 13 anos de idade - afastando, entretanto, a obrigatoriedade. Já o inciso II, inovou para dar início à universalização do ensino médio.

A alteração nos parágrafos 1º e 2º do artigo 211, bem como a inserção de mais dois parágrafos¹⁹, evidenciaram uma renovação na missão da União, que, agora, passa a desempenhar as seguintes funções: *a) organizar o sistema federal de ensino e dos Territórios; b) financiar as instituições de ensino públicas federais; c) exercer, no que diz respeito à organização, manutenção e desenvolvimento do ensino, função redistributiva e supletiva; d) garantir equalização de oportunidades educacionais; e) garantir padrão mínimo de qualidade do ensino; f) prestar assessoramento técnico e assistência financeira aos demais sistemas de ensino*²⁰.

Contudo, a alteração produzida no parágrafo segundo do citado artigo apenas renomeou a educação pré-escolar, que passou a se chamar educação infantil.

E, no que toca à inclusão dos parágrafos terceiro e quarto ao dispositivo em evidência, mais uma vez se demonstra a preocupação brasileira com a universalização do ensino fundamental obrigatório, destinando a ela atenção prioritária pelos sistemas municipal e estadual.

¹⁹ Art. 211.§1º. A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. §2º. Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. § 3º. Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio. § 4º. Na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.

²⁰ MOTTA, 1997, p. 195.

Doutra parte, no que toca à nova redação dada ao §5º do art. 212, da Constituição Federal²¹, tem-se que esta impediu que as empresas pudessem deduzir a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes do pagamento da contribuição.

Com efeito, o salário-educação - *contribuição social criada por lei e erigida à categoria de norma constitucional, vez que fonte adicional de financiamento do ensino fundamental público, conforme §5º, do artigo 212 -*, na forma anteriormente estabelecida pela Constituição (dedução da aplicação realizada no ensino fundamental), acabava por beneficiar as instituições particulares e não as públicas, já que as bolsas de estudo aos empregados levava-os às instituições privadas, infringindo, assim, o artigo 213, do Texto Constitucional, que determina a destinação de recursos públicos às escolas públicas.

Portanto, providencial a alteração que não só pôde manter a fonte adicional de custeio do programa suplementar de livro didático e transporte (vide capítulo destinado ao direito a material escolar e transporte), como também criar uma força adicional de pressão para implementar a qualidade do ensino público, já que as empresas absorvem mão-de-obra daqueles bancos escolares.

Por fim, tem-se a alteração mais substancial da Emenda Constitucional ora analisada, o artigo 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que será visto ponto a ponto.

O *caput* do dispositivo prevê que: “*Art. 60. Nos dez primeiros anos da promulgação desta Emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão não menos de sessenta por cento dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério*”.

O artigo 212, por sua vez, estabelece que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem aplicar 25% (vinte e cinco por cento) da receita resultante de impostos, incluindo as transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

²¹ **Art. 212.....§5º.** *O ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas, na forma da lei.*

Mas, de acordo com o artigo 60, *caput*, 60% (sessenta por cento) desses 25% (vinte e cinco por cento)²² terão que ser destinados à manutenção e desenvolvimento específico do ensino fundamental, restando os outros 40% (quarenta por cento) dos 25% (vinte e cinco por cento) para o ensino médio e superior.

Essa medida visa a assegurar a universalização do ensino fundamental, bem como a remuneração condigna do magistério, conforme evidenciado no próprio texto sob comento.

Conforme se nota, o legislador buscou dar maior ênfase ao ensino fundamental, com o objetivo de realmente expungir do quadro brasileiro o analfabetismo, que tanto assusta e torna o Poder Público enfraquecido, já que sem possibilidade de sustentar a antiga estrutura de ente assistencialista.

As receitas dos Estados, Distrito Federal e Municípios encontram-se comprometidas duplamente: a) no tocante aos 25% (vinte e cinco por cento) e b) no tocante aos 60% (sessenta por cento) dos 25% (vinte e cinco por cento), os quais não poderão ser destinados a outro fim que não ao atendimento do ensino fundamental, com remuneração condigna do magistério.

Cumprе acrescentar que, além dessas receitas destinadas especialmente à educação fundamental, o legislador criou um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, com o intuito de distribuir as responsabilidades, bem como os recursos entre os Estados e seus Municípios, de forma a que a meta brasileira da universalização do ensino fundamental possa ser efetivamente cumprida.

O Fundo, que foi regulamentado pela Lei nº 9.424, de 24.12.1996, conforme estabelecido pelo §7º do mesmo dispositivo legal (artigo 60), tem a seguinte redação criadora: “§1º *A distribuição de responsabilidades e recursos entre os Estados e seus Municípios a ser concretizada com parte dos recursos definidos neste artigo, na forma do disposto no art. 211 da Constituição Federal, é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, de natureza contábil*”.

²² Durante os próximos dez anos, ou seja, até o ano de 2007, contados a partir da data da entrada em vigor da referida Emenda (1º.1.97).

Com sua ação previamente delineada, o Poder Público agora está aparelhado para implementar a maior meta constitucional já traçada na história política brasileira para universalizar o ensino fundamental no País.

A composição financeira do Fundo obedece às regras impostas pelo §2º, do artigo 60²³, do ADCT, ou seja: a) 15% (quinze por cento) dos recursos provenientes dos impostos relativos *a operações sobre circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS)*, incluindo na base de cálculo a parcela devida pelos Estados a seus Municípios, conforme estabelecido no artigo 158, IV, 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação; b) 15% (quinze por cento) da parcela de 47% (quarenta e sete por cento) referente à transferência da União aos Estados, Distrito Federal e Municípios do produto da arrecadação dos impostos: *sobre rendas e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados*, entregues na proporção anunciada nas alíneas a e b do inciso I do artigo 159, nos seguintes percentuais: 21,5% (vinte e um inteiros e cinco décimos por cento) ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios; c) 15% (quinze por cento) da transferência constitucional da União aos Estados e ao Distrito Federal, no percentual de 10% (dez por cento) do produto da arrecadação do imposto *sobre produtos industrializados*, respeitada a proporção do valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

Doutra parte, o custeio dos programas suplementares (de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde) instituídos pelo artigo 208, inciso VII, da Constituição da República Federativa do Brasil, específicos ao atendimento do educando no ensino fundamental, tem fonte de custeio diferenciada, conforme estabelecido nos parágrafos 4º e 5º do artigo 212: são recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários, além da contribuição social do salário-educação.

²³ **Art. 60..... §2º.** *O Fundo referido no parágrafo anterior será constituído por, pelo menos, quinze por cento dos recursos a que se referem os arts. 155, inciso II; 158, inciso IV; e 159, inciso I, alíneas a e b; inciso II, da Constituição Federal, e será distribuído entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos nas respectivas redes de ensino fundamental.*

O parágrafo terceiro do artigo em questão dispõe que: “A União complementar²⁴ os recursos dos Fundos a que se refere o §1º sempre que, em cada Estado e no Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente”.

Para atender a essa determinação, a União conta com a destinação de 18% (dezoito por cento) de sua receita resultante de impostos, valendo acrescentar que, no mínimo, 30% (trinta por cento) da destinação constitucional (18%) deve ser usada pela União também para a erradicação do analfabetismo e na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, conforme estabelecido pelo § 6º do artigo sob comento.

Outro ponto que merece relevo está evidenciado pelo § 4º do artigo 60²⁴, o qual prevê que a distribuição da verba proveniente do Fundo será proporcional ao número de alunos inscritos no ensino fundamental, de forma a garantir um padrão mínimo de qualidade de ensino.

Nessa esteira, a Lei nº 9.424 (LDB), de 24 de dezembro de 1996, dispõe em seu artigo 6º, § 4º, que o valor mínimo será de R\$ 300,00 (trezentos reais), valor este que será alterado em razão da flutuação natural dos números-base, verificável anualmente pelo *censo escolar*, a cargo do Ministério da Educação.

A estimativa é de que o valor mínimo anual venha a aumentar, à medida em que o ensino fundamental for se estendendo ao médio, e diminuído for o seu acesso, em razão da redução do crescimento demográfico, o qual, segundo a taxa média geométrica de crescimento da população brasileira, vem mostrando uma tendência regular ao declínio desde a década de 60²⁵.

O Fundo criado também tem como objetivo conceder uma remuneração condigna ao magistério do ensino fundamental. E certamente que não restou desguarnecido esse ponto no texto legal, vindo o § 5º de encontro a essa meta, inclusive com vinculação de percentual específico^{26/27}.

²⁴ A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios ajustarão progressivamente, em um prazo de cinco anos, suas contribuições ao Fundo, de forma a garantir um valor por aluno correspondente a um padrão mínimo de qualidade de ensino, definido nacionalmente.

²⁵ Em 1960 a taxa foi de 2,89%, em 1970 foi de 2,48%, caindo para 1,93% em 1980). No último período censitário (1991 a 1996) chegou a 1,38%. Contagem da População, 1996. Rio de Janeiro: IBGE, 1997, V.1: **Resultados relativos a Sexo da População e Situação da Unidade Domiciliar**. P. 19, tabela 3.

²⁶ § 5º Uma proporção não inferior a sessenta por cento dos recursos de cada Fundo referido no §1º será destinada ao pagamento dos professores do ensino fundamental em efetivo exercício no magistério.

²⁷ Assim, para que essa nova melhoria salarial não restasse como norma sem cumprimento, por falta de regulamentação, o artigo 9º, da Lei nº 9.424, de 24.12.96, determinou que os Estados, o Distrito Federal

Outra vinculação efetiva para expungir o analfabetismo é feita ao percentual de 18% (dezoito por cento), anuais, das receitas da União, provenientes de impostos, de acordo com o § 6º, da Emenda sob comento²⁸.

Quanto ao estabelecido pelo § 7º: “*A lei disporá sobre a organização dos Fundos, a distribuição proporcional de seus recursos, sua fiscalização e controle, bem como sobre a forma de cálculo do valor mínimo nacional por aluno*”; a lei complementar de que trata tomou o nº 9.424, de 24.12.1996, e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1997.

Do que se vê, é certo que a criação do Fundo, com a vinculação de verbas específicas ao atendimento do ensino fundamental, é um instrumento constitucional apto e de grande valor a atender e implementar a meta da educação.

4. DIREITO A UM ENSINO DE QUALIDADE

O artigo 206, da Constituição da República Federativa do Brasil, elenca os princípios constitucionais que devem nortear o ensino no Brasil e dentre eles destaca-se o da *garantia de padrão de qualidade*.

E para garantir esse padrão de qualidade, o artigo 214, constitucional, esclarece que o plano nacional de educação, que terá duração plurianual, visará à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público que conduzam à erradicação do analfabetismo, universalização do atendimento escolar, melhoria da qualidade do ensino, formação para o trabalho e promoção humanística, científica e tecnológica do País.

No que toca ao ensino fundamental, de viés prioritário e obrigatório, a Carta Magna estabeleceu diversas garantias específicas a esse nível de instrução, valendo ressaltar: 1º) a criação de programas suplementares com fonte própria de recursos; 2º) o estabelecimento de tratamento prioritário às

e os Municípios implementassem essa medida através de um novo Plano de Carreira e Remuneração do Magistério, que assegurasse: a) a remuneração condigna dos professores do ensino fundamental público, em efetivo exercício no magistério; b) o estímulo ao trabalho em sala de aula; c) a melhoria da qualidade de ensino. Os entes federados tiveram o prazo de seis meses para elaboração do Plano, a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.424/96, ficando estabelecido que o não cumprimento das condições estabelecidas acarreta sanções administrativas, sem prejuízo das civis ou penais ao agente executivo que lhes der causa.

²⁸ A União aplicará na erradicação do analfabetismo e na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental, inclusive na complementação a que se refere o §3º, nunca menos que o equivalente a trinta por cento dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal.

necessidades do ensino obrigatório, quando da distribuição de recursos públicos; 3º) a criação, através da Emenda Constitucional nº 14/96, do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, com constituição financeira específica, diferenciada da do ensino em geral; 4º) o estabelecimento de percentual mínimo de 60% (sessenta por cento) dos 25% aplicáveis necessariamente no ensino, em investimento obrigatório e anual no ensino fundamental; 5º) o estabelecimento de função supletiva da União quanto à complementação de verbas necessárias à erradicação do analfabetismo e à manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, para que distorções regionais não atrapalhem a meta de alfabetização geral da população brasileira; 6º) o estabelecimento do percentual de 60% (sessenta por cento) de cada Fundo (Estados e Distrito Federal) para aplicação direta no pagamento dos professores do ensino fundamental em efetivo exercício no magistério.

Não sendo demais frisar que, em havendo insuficiência de arrecadação para suprir a educação fundamental, tanto a União, como os entes federativos podem e devem alterar as alíquotas dos impostos de sua competência, de forma a suprir imediatamente o *déficit* verificado na prestação desse direito fundamental.

Portanto, o conjunto de garantias que cercam o ensino fundamental, dando-lhe formato diferenciado, leva à conclusão de que o padrão de qualidade emergirá, inexoravelmente, do exercício continuativo e cumulativo dos instrumentos constitucionalmente estabelecidos.

Entretanto, o legislador infraconstitucional, cioso do conceito subjetivo que poderia aflorar do termo “padrão de qualidade” - *podendo prejudicar as necessárias avaliações periódicas dos resultados da aplicação dos recursos do FUNDEF, com vistas à adoção de medidas operacionais e de natureza político-educacional corretivas* -, decidiu conceituá-lo objetivamente através dos artigos 13 e seus incisos e 14, da Lei nº 9.424/96, que dispõe sobre a organização do FUNDEF, nos seguintes termos:

“Art. 13. Para ajustes progressivos de contribuições a valor que corresponda a um padrão de qualidade de ensino definido nacional e previsto no art. 40, § 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados, observados o disposto no art. 2º, § 2º, os seguintes critérios:

- I – estabelecimento do número mínimo e máximo de alunos em salas de aula;*
- II – capacitação permanente dos profissionais de educação;*
- III – jornada de trabalho que incorpore os momentos diferenciados das atividades docentes;*
- IV – complexidade de funcionamento.*
- V – localização e atendimento da clientela;*
- VI – busca do aumento do padrão de qualidade do ensino.”*

“Art. 14. *A União desenvolverá política de estímulo às iniciativas de melhoria de qualidade do ensino, acesso e permanência na escola promovidos pelas unidades federadas, em especial aquelas voltadas às crianças e aos adolescentes em situação de risco social.”*

Logo, o *padrão de qualidade* garantido pela Constituição passa a ser entendido como a implementação conjunta dos incisos a que se refere o artigo 13 da lei especial em evidência, complementado, nos incisos V e VI, pelo artigo 14, do mesmo diploma legal.

Considerando que o padrão de qualidade está representado por critérios objetivos, os quais se encontram nos incisos I a VI, do artigo 13 - ou seja, pelo *número mínimo e máximo de alunos em salas de aula; pela capacitação permanente dos profissionais de educação; pela jornada de trabalho que incorpore os momentos diferenciados das atividades docentes; pela complexidade de funcionamento; pela localização e atendimento da clientela; pela busca do aumento do padrão de qualidade do ensino* -, destaca-se que os recursos a ele vinculados são: 1) os do FUNDEF (no que se refere à construção do número ideal de escolas para o atendimento dos educandos da localidade, possuindo cada sala de aula um número máximo de alunos que permita o aprendizado e a capacitação permanente dos professores²⁹, com remuneração condizente e apoiada no percentual de 60% (sessenta por cento) do montante anual, exclusivamente destinado à remuneração

²⁹Atualmente o quadro no Brasil é crítico. Cf. a seguinte manchete: Formar professor é prioridade. **Folha de São Paulo**, 16, out. 1999. Cotidiano, p. 3/6, “...mais da metade das vagas de professores do ensino fundamental existentes hoje no país ainda é ocupada por docentes que não concluíram o curso superior. A LDB exige que todos os professores da educação básica (que inclui o ensino infantil, fundamental e médio) tenham formação superior até 2007. Entretanto, dados divulgados ontem pelo MEC mostram que 801,8 mil vagas são ocupadas por professores sem diploma universitário. Eles representam 53,1% do total de 1,5 milhão de professores do ensino fundamental”.

neração do magistério; 2) os recursos da contribuição social e outros recursos orçamentários para atender os programas suplementares de merenda escolar e assistência-saúde do educando do ensino fundamental, além dos recursos da contribuição social do salário-educação para os programas de material-didático escolar e transporte, vez que a implementação conjunta deles demonstra certa complexidade no funcionamento da escola.

Portanto, também no que tange à melhoria do padrão de qualidade, com a implementação dos critérios elencados, a Constituição da República Federativa do Brasil não só a conceituou objetivamente, furtando-a do sabor da discricionariedade administrativa, como estabeleceu-lhe uma dotação orçamentária, especificamente vinculada à sua implementação.

E, em havendo essa tipificação, não há qualquer espaço para que o administrador público, na matéria, escolha a providência para a realização do interesse de que se trata.

Dessa forma, ao Poder Judiciário restaram abertas as portas para julgar qualquer desvio, sendo, portanto, factível a invalidação de ato do Poder Público que caracterize vício legal³⁰.

Ademais, a ausência de cumprimento desses critérios, identificadores do padrão de qualidade do ensino fundamental é motivação suficiente a embasar um pedido de *mandamus* ao Judiciário, visando à proteção de um direito líquido e certo, sendo o responsável pela não entrega da prestação administrativa do Estado à autoridade pública coatora, que infringiu a lei.

Pode-se, por fim, concluir que a nova estruturação da educação fundamental pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - *Constituição Cidadã* - não deixa qualquer margem à discricionariedade, abrindo espaço para que o cidadão venha a exigir do Estado o cumprimento do dever assumido pelo Contrato Constitucional firmado e para o qual toda a sociedade contribui.

5. CONCLUSÃO

De todo o exposto, pode-se concluir que:

. Direitos existem que guardam obviamente as mesmas características do direito de liberdade, já que dele derivativos, valendo, entretanto, destacar a educação como um deles, pois, sem ela, sequer se terá a compreensão do significado do direito fundamental de liberdade.

³⁰ MELLO, Celso A. Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo. Malheiros. 1993, p. 207/8.

. O Estado tem como função precípua realizar os direitos fundamentais, já que a ele se impôs o dever de assegurar o cumprimento do contrato social, proporcionando aos cidadãos as facilidades legais para o exercício dos direitos fundamentais.

. O Estado deve existir para, respeitando a liberdade de cada um e congregando as forças de seus componentes, criar, manter e garantir em prol dos seus constituintes um *status* igualitário de existência digna e respeitável.

. A liberdade, como valor, que permite ao homem os meios para efetivamente alcançar aquela liberdade que lhe propicie viver sem qualquer intervenção do Estado, deve visar à igualdade de oportunidades, o que só será possível com educação básica para todos, valendo esta como instrumento da liberdade, integrante do núcleo essencial de direitos que conduzem à cidadania.

. A nova Carta Magna, com novos ideais e novas propostas, universalizando o direito fundamental à educação básica e estabelecendo uma série de garantias à sua efetividade foi muito bem-vinda. Nela se encontra traçado todo um arcabouço para a educação brasileira, devidamente estruturada e com verbas vinculadas, por força da Emenda Constitucional nº 14/96.

. O atendimento ao direito fundamental da educação básica deve ser concebido como prioritário e, em não se realizando a aplicação dos recursos a ele destinados, ou por desvio, ou por insuficiência de arrecadação, assegurar-lhe o cumprimento com a condenação líquida e certa do órgão competente, inscrevendo-se o débito no rol dos precatórios, já que, por força constitucional, “*será obrigatória a inclusão no orçamento de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais*”, pode ser uma das possíveis soluções jurídicas aplicáveis, cabendo ao Judiciário inovar.

. A inclusão, considerada obrigatória, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, a decisão judicial servirá como um alerta ao Poder Público, de forma a que possa acionar os meios constitucionais disponíveis para o atendimento do direito à sociedade que ora reclama, enquadrando-se perfeitamente nessa linha os programas suplementares de merenda escolar e assistência à saúde, no ensino fundamental.

. A outra possibilidade, em havendo arrecadação menor do que a esperada, será a instituição de outra fonte de recursos orçamentários para atender ao *déficit*, sendo certo que a União poderá valer-se dos instrumentos tributários já postos à sua disposição na Constituição da República Federativa do Brasil, oportuno citar, por exemplo, a majoração das alíquotas, de forma a permitir um incremento nas suas receitas e, assim, implementar o direito de que ora se trata. Outra alternativa é a redução em outros investimentos, com a conseqüente transferência do incremento orçamentário ao atendimento do direito fundamental da educação básica.

. As possíveis distorções que ocorram com relação ao desvio de verba podem ser resolvidas através do remédio heróico da *Ação Popular*, garantia prevista no artigo 5º, inciso LXXIII, da Lei Básica Brasileira, quando se buscará a anulação do ato administrativo por sua lesividade, além da condenação ao pagamento de perdas e danos dos responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele e da *Ação Civil Pública*, para as hipóteses em que se tenha por escopo impingir determinada obrigação de fazer, de cunho legal, a ente público.

. A particular natureza dos problemas da tutela dos interesses coletivos e a necessidade de garantir uma resposta efetiva às exigências sociais de controle das atividades administrativas oferecem argumentos determinantes aos que militam a favor do alargamento dos poderes judiciais, desde que não exista um limite expressamente previsto pelas normas estatutárias.

. A interferência do Poder Judiciário obedecerá às disposições legais, valendo ressaltar que a Constituição vinculou, inclusive, conceitos subjetivos, como qualidade de ensino, obtida através da implementação de todos os princípios constitucionais assegurados ao ensino fundamental. Logo, não há se tocar em matéria adstrita à administração pública, porque discricionária. Tudo que pertine à educação fundamental tornou-se matéria legal, portanto, passível de apreciação judicial.

. A melhoria do padrão de qualidade, com a implementação dos critérios elencados, também foi brindada pela Constituição da República Federativa do Brasil, que não só a conceituou objetivamente, furtando-a do sabor da discricionariedade administrativa, como estabeleceu-lhe uma dotação orçamentária, especificamente vinculada à sua implementação. Pode-se, por fim, concluir que a nova estruturação da educação fundamental pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - *Constituição Cidadã* - não deixa qualquer margem à discricionariedade, abrindo espaço

para que o cidadão venha a exigir do Estado o cumprimento do seu dever assumido pelo Contrato Constitucional firmado e para o qual toda a sociedade contribui.

. A presente proposta leva a uma nova visão do Direito, “*não como ordem estagnada, mas positivação, em luta, dos princípios libertadores, na totalidade social em movimento, onde o Direito, reino da libertação, tem como limites, apenas, a própria liberdade*”. ◆

PRESCRIÇÃO DE PUNIÇÃO DISCIPLINAR APLICÁVEL A MAGISTRADO

RODRIGO LOPES LOURENÇO

Procurador da ALERJ

1. INTRODUÇÃO

O Estatuto da Magistratura deve ser, segundo o preceito inserto no *caput* do art. 93 da Constituição da República, editado por meio de lei complementar federal, de iniciativa do Pretório Excelso.

Sendo um estatuto, é evidente que tal lei complementar federal deverá dispor, além das matérias expressamente enumeradas nos incisos do art. 93 da Lei Magna, sobre as penas disciplinares a que estejam os Magistrados submetidos, os respectivos prazos de prescrição, bem como o procedimento para sua aplicação.

Nada obstante a Constituição de 1988 estar em vigor há mais de uma década, o Estatuto da Magistratura não foi promulgado.

É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de a Lei Complementar Federal 35/79, Lei Orgânica da Magistratura Nacional, doravante designada simplesmente LOMAN, ter sido parcialmente recepcionada pela Carta de 1988, porque regula alguns dos preceitos constitucionais insertos no art. 93.

A LOMAN prevê, em seu art. 42, as punições disciplinares a que podem ser submetidos os Magistrados, devendo-se ressaltar que advertência e censura são penas aplicáveis somente aos Juízes de Direito, Juízes Federais, Juízes do Trabalho e Juízes Militares.

Nada obstante dispor, por meio das regras inscritas em seu art. 27, sobre o procedimento para a imposição das penas de remoção compulsória - em virtude da remissão feita pelo preceito inserto em seu art. 46 - disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço - *ex vi* do disposto também no art. 46 - e aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, haja vista a norma contida em seu art. 28, a LOMAN, por meio do comando insculpido no art. 48, reconhece

competir aos tribunais estatuírem, por intermédio de seus regimentos internos, o procedimento nos casos de infrações disciplinares puníveis com advertência ou censura.

2. APURAÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR PUNÍVEL COM ADVERTÊNCIA OU CENSURA

Antes de mais nada, seria conveniente perquirir se a Constituição de 1988 recepcionou o preceito inserto no art. 48 da LOMAN.

A resposta deve ser afirmativa. Primeiro, por cuidar-se de procedimento disciplinar de exclusiva competência de cada Tribunal e segundo por ser determinado em face de Magistrados hierarquicamente subordinados ao respectivo tribunal. Cuida-se, destarte, de típica função administrativa, cabendo a cada tribunal, por meio de seu regimento interno, dispor sobre a competência e funcionamento de seus órgãos administrativos, *ex vi* do comando insculpido no art. 96, I, *a*, da Carta Magna.

Dessa forma, mesmo que omissa fosse a LOMAN sobre a competência para normatizar o procedimento para aplicação de sanções disciplinares de advertência e censura a Magistrados de primeiro grau, tal atribuição seria, inequivocamente, dos Tribunais, os quais a exerceriam por meio de seus Regimentos Internos.

Insista-se: não seria possível a edição de qualquer lei, federal ou estadual, complementar ou ordinária, a fim de regular-se o procedimento para aplicação de sanções disciplinares de advertência e censura a Magistrados de primeiro grau, porque o diploma constitucionalmente exigido é - haja vista o preceito inserto no art. 96, I, *a*, da Constituição da República - o regimento interno de cada tribunal.

3. PRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO PUNITIVA DISCIPLINAR

O ponto nodal do presente estudo, contudo, é a omissão da LOMAN quanto à ocorrência de prescrição das infrações disciplinares cometidas por Magistrado.

Um exame apressado poderia levar o intérprete a supor que, silente a LOMAN, as infrações disciplinares cometidas por Magistrados não estariam sujeitas a prescrição.

Desnecessário é alongar-se nos evidentes motivos por que tal conclusão deve ser repudiada. O Ordenamento Jurídico pátrio não aceita a imprescritibilidade, exceto quando expressamente prevista na Constituição

da República, como ocorre em relação ao crime de racismo, art. 5º, XLII, e à ação de grupos armados contra o Estado Democrático, art. 5º, XLIV. Resalte-se: mesmo os crimes hediondos, a tortura e o tráfico ilícito de entorpecentes estão sujeitos a prescrição, não sendo razoável o entendimento de simples falta disciplinar de natureza leve, cometida por Magistrado, ser imprescritível.

A Lei Federal 8.112/90, que institui o Regime Jurídico dos servidores da Administração Direta, Autárquica e Fundacional da União, dispõe sobre a prescrição de infrações disciplinares por meio dos comandos insculpidos em seu art. 142.

A Lei Complementar Federal 73/93, que regula a Advocacia-Geral da União, remete, mediante os preceitos insertos no art. 26, *caput*, e art. 27, *caput*, à préfalada Lei Federal 8.112/90 a regulamentação da prescrição de infrações disciplinares.

A Lei Complementar Federal 75/93, que regula o Ministério Público da União, dispõe sobre a prescrição de infrações disciplinares por intermédio das regras inscritas no art. 244.

A Lei Complementar Federal 80/94, que organiza a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e Territórios, dispõe sobre a prescrição de infrações disciplinares mediante as normas contidas nos art. 50, § 7º, e art. 95, § 7º.

Haja vista a Lei Complementar Federal 80/94 também dispor sobre normas gerais para as Defensorias Públicas dos Estados, editou-se o comando insculpido em seu art. 134, *caput*, o qual reconhece a competência estadual para fixar os prazos prescricionais das infrações disciplinares.

A Lei Federal nº 8.625/93, que estatui normas gerais para os Ministérios Públicos dos Estados, é omissa quanto à fixação dos prazos para prescrição de infrações disciplinares. Entretanto, tal silêncio não permite a ilação de que tais faltas sejam imprescritíveis. Em primeiro lugar, a regra inscrita em seu art. 80 ordena a aplicação subsidiária da Lei Complementar Federal 75/93, tornando possível, destarte, a utilização da norma contida no art. 244 deste Diploma. Em segundo lugar, caso se entenda inaplicável este último preceito legal, deve-se atentar para o fato de à Lei Federal 8.625/93 caber estabelecer normas gerais sobre os Ministérios Públicos dos Estados, à semelhança do escopo da Lei Complementar 80/94 em relação às Defensorias Públicas dos Estados, a qual, como já se afirmou, reconheceu, mediante o comando insculpido em seu art. 134, *caput*, a competência esta-

dual para fixação dos prazos prescricionais de infrações disciplinares cometidas por Defensores Públicos. Assim, é possível inferir-se que se entendeu caber aos Estados, ao editarem as respectivas Leis Complementares que veiculem o Estatuto de cada Ministério Público, fixarem os prazos de prescrição de infrações disciplinares.

A Lei Federal 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia, dispõe sobre a prescrição das infrações disciplinares por meio das normas contidas em seu art. 43.

Como se vê, o Ordenamento Jurídico brasileiro rejeita a imprescritibilidade de infrações disciplinares.

4. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Reconhecida a possibilidade de extinção da punibilidade por infração disciplinar cometida por Magistrado, restaria perquirir seus prazos e os casos de interrupção.

Não havendo diploma específico, impõe-se, para tal fim, a utilização, em caráter subsidiário, das regras aplicáveis aos servidores públicos em geral. Observe-se que, quanto aos membros do Ministério Público da União, tal utilização foi expressamente prevista por meio da regra inscrita no art. 287, *caput*, da Lei Complementar Federal 75/93.

Desde já deve ser afastada a possibilidade de aplicação subsidiária, para o fim que ora se examina, de legislação estadual. Sendo as infrações disciplinares cometidas por Magistrados punidas de acordo com as regras da LOMAN, evidente é que a respectiva prescrição também deve ser regulada de forma nacional, o que só é possível mediante a utilização subsidiária de lei federal. Por outro lado, aos Magistrados da União só restaria, em qualquer hipótese, a aplicação subsidiária de lei federal, não havendo razão para que aos Magistrados dos Estados fosse negado idêntico tratamento.

Ademais, mesmo que se entenda - o que se admite apenas por amor ao debate - ser competência estadual regular prescrição de infração disciplinar cometida por Magistrado, tais normas não foram editadas pelo Estado do Rio de Janeiro. Destarte, em face da inexistência de regra estadual específica, incide o comando insculpido no art. 368 da Constituição Fluminense, o qual, nesses casos, ordena a observância das leis federais.

Como se vê, mesmo para aqueles que entendam competir ao Estado disciplinar o tema ora sob exame, forçosa será a dedução, em face da regra inserta no art. 368 da Carta Estadual, de que a legislação fede-

ral deva ser aplicada subsidiariamente, haja vista não existir lei estadual específica.

Não se alegue que a norma contida no art. 368 da Lei Magna Fluminense seja inconstitucional. Com o fim de ver declarada sua incompatibilidade com a Constituição da República, foi ajuizada, perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, há mais de dez anos, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 246-5/RJ, sem êxito sequer quanto ao pleito de medida liminar.

Assim, em face do silêncio da LOMAN quanto à prescrição das infrações disciplinares cometidas por Magistrados, devem ser aplicados, subsidiariamente, os dispositivos da Lei Federal 8.112/90, a qual dispõe sobre tais prazos por meio da regra inscrita em seu art. 142.

5. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Merece atenção, contudo, o comando insculpido no art. 142, § 3º, da Lei 8.112/90, o qual estatui que a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição até a decisão final proferida pela autoridade competente.

A interpretação literal do dispositivo acima transcrito poderia levar a equivocados raciocínios no sentido de que, instaurada sindicância ou iniciado processo disciplinar, não correria prazo prescricional, mesmo que tais procedimentos se alongassem indefinidamente. Tal entendimento deve ser recusado por levar à imprescritibilidade das infrações disciplinares, o que já se demonstrou ser repellido pelo Ordenamento Jurídico brasileiro.

Julgando o Mandado de Segurança 22.728-1/PR, relatado pelo eminente Ministro Moreira Alves, o Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal, por meio de venerando Acórdão publicado no Diário de Justiça da União de 13 de novembro de 1998, reconheceu ser possível a ocorrência de prescrição intercorrente nos procedimentos regulados pela Lei Federal nº 8.112/90.

Assim, aplicando o preceito decorrente da combinação do art. 152, *caput*, com o art. 167, da Lei Federal nº 8.112/90, o Pretório Excelso entendeu que o prazo máximo para o processo disciplinar é cento e quarenta dias. Após tal lapso de tempo, o prazo prescricional, interrompido pelo início de processo disciplinar, recomeça a fluir.

Lançando-se mão de raciocínio similar ao utilizado para o processo disciplinar, é fácil inferir que, no caso de sindicância, o prazo máximo para

sua conclusão é sessenta dias, por força da norma contida no art. 145, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.112/90. Suplantado tal período sem que a sindicância tenha sido concluída, o prazo prescricional da falta que está sendo apurada recomeça a fluir.

6. PRAZOS PARA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DISCIPLINAR

Nesse passo, não se deve olvidar que as transgressões disciplinares punidas com advertência ou suspensão até trinta dias são apuradas mediante sindicância, haja vista o preceito inserto no art. 145, *caput*, II, da Lei Federal nº 8.112/90, enquanto as demais, mediante processo disciplinar, conforme estatui o comando insculpido no art. 146 do mesmo Diploma.

Resta perquirir quais seriam os prazos prescricionais para as transgressões disciplinares, cometidas por Magistrados, enumeradas no art. 42, *caput*, da LOMAN.

6.1. Advertência

A pena de advertência, prevista no art. 42, *caput*, I, da LOMAN é idêntica à punição de mesmo nome enumerada no art. 127, I, da Lei Federal 8.112/90. Assim, a pretensão punitiva relativa a tal falta se dá em cento e oitenta dias, por força do preceito inserto no art. 142, *caput*, III, deste Diploma, prazo esse interrompido com a abertura da sindicância, devendo, então, esta ser concluída em, no máximo, duzentos e quarenta dias. Este lapso de tempo é obtido pela soma dos sessenta dias para a conclusão da sindicância aos cento e oitenta necessários à prescrição da pretensão punitiva relativa a falta punida com advertência.

6.2. Censura

A pena de censura, prevista no art. 42, *caput*, II, da LOMAN, nada mais é do que a advertência com a cominação acessória regulada pelo comando insculpido no art. 44, parágrafo único, do mesmo Diploma. O prazo prescricional, por consequência, é idêntico ao desta.

6.3. Remoção, disponibilidade e aposentadoria compulsórias

As penas de remoção compulsória, disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço e aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, previstas no art. 42, *caput*, III a V, da LOMAN, merecem análise mais cuidadosa. Tais punições restringem a atividade do Magistrado sem, contudo, eliminar seu vínculo com a carreira. Têm, portanto, semelhança com a suspen-

são, aplicável aos servidores públicos e prevista no art. 127, II, da Lei Federal 8.112/90. As transgressões disciplinares sancionadas com suspensão prescrevem em dois anos, *ex vi* do comando insculpido no art. 142, *caput*, II, deste Diploma. Deve ser lembrado, outrossim, que a aplicação de tais sanções depende de processo disciplinar, regulado pelos preceitos insertos no art. 27 da LOMAN.

À luz do previamente sustentado, não há como duvidar de que, após a instauração de processo disciplinar contra Magistrado, ocorra prescrição intercorrente.

As regras inscritas no art. 27 da LOMAN prevêm, sem incluir o prazo para decisão, quarenta dias como período necessário à instrução e apresentação de alegações finais. Aplicando-se analogicamente o preceito inserto no art. 167, *caput*, da Lei Federal 8.112/90, o prazo para decisão será de vinte dias, totalizando, portanto, sessenta dias o período compreendido entre a instauração do processo disciplinar e sua conclusão.

Dessa forma, nos casos de remoção compulsória, disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço e aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, a pretensão punitiva prescreverá em dois anos, sendo tal prazo interrompido pela instauração do processo disciplinar, devendo então este ser encerrado em dois anos e sessenta dias. Novamente, este lapso de tempo é obtido pela soma dos sessenta dias para a conclusão do processo disciplinar aos dois anos necessários à prescrição da pretensão punitiva relativa a falta punida com suspensão.

6.4. Demissão

A pena disciplinar de demissão, prevista no art. 42, *caput*, VI, da LOMAN, evidentemente, só é aplicável a Magistrados que ainda não tenham sido vitaliciados. Nesses casos, tornar-se-ia idêntica à de mesmo nome, enumerada no art. 127, III, da Lei Federal 8.112/90, a qual, em obediência à norma contida no art. 142, *caput*, I, deste Diploma, prescreve em cinco anos.

Sucede que, ao contrário dos servidores públicos, a pretensão punitiva relativa a tal falta é eliminada pelo vitaliciamento. Nos casos, entretanto, em que o processo disciplinar seja instaurado antes da declaração de vitaliciedade, esta fica suspensa. O prazo prescricional, a partir de então, será de cinco anos - período de tempo em que prescreve a pretensão punitiva relati-

va às faltas sancionadas com demissão - somados aos sessenta dias para a conclusão do processo disciplinar.

7. CONCLUSÃO

Pelo exposto, a pretensão punitiva disciplinar relativa a qualquer falta cometida por Magistrado está sujeita a prescrição em prazos que variam de cento e oitenta dias a cinco anos e sessenta dias. ◆

EÇA E A POLÍTICA*

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA
Desembargador do TJ/RJ

O centenário de falecimento de Eça de Queirós (1845-1900), em sua espaçosa casa de Neuilly, enseja uma releitura de sua obra sob diversos ângulos, entre os quais o seu posicionamento em face do fenômeno político.

Sua obra em geral é uma reflexão sobre a política mundial de seu tempo, como *background* de sua ferina crítica social. Enquanto Dostoiévski foi romancista-filósofo, ele se tornou penetrante ficcionista-sociólogo.

Não era, pois, um “alienado”, mas, embora sofisticadamente, um inquieto diante dos desajustes de sua época, considerando o povo o verdadeiro motor da História, profligando as ditaduras e lutando pelo direito de petição que, como é sabido, surgiu normativamente na Declaração de Direito da Pensilvânia (art. XVI), que influiria na Constituição Americana, e pelo direito de revolução. Ideologicamente, era um discípulo de Vitor Hugo e Proudhon, adotando um vago socialismo.

Preocupava-o a necessidade inadiável de uma elite dirigente e esclarecida, de uma política de idéias, enraizada em firme solo doutrinário, censurando, por isso, a inópia dos partidos e a retórica vazia utilizada por eles.

Proclamava a urgência de ter-se “menos liberalismo e mais caráter” (aprovado em 1º lugar para a carreira consular e merecendo a Bahia foi escandalosamente preterido e designado para Havana).

Chamavam sua atenção as questões tributárias e bancárias e mostrava que do estímulo à poupança adviria o crédito.

Não era, a rigor, um republicano (apesar de escrever para o jornal **A República**, surgido em 1870) ou um revolucionário, mas um monarquista constitucional, embora em **A Ilustre Casa de Ramires**, ferido em seu orgulho nacional pelo “Ultimato” que a Inglaterra dera a Portugal, para que se retirasse da África, defendesse a aristocracia e o colonialismo, cantando as

* Por motivo do centenário do falecimento de Eça de Queirós.

velhas tradições lusitanas. Indeadidamente, alguns o vinculariam ao posterior fascismo português, porque, em substância, era um lídimo democrata que denunciava um mundo ultrapassado e uma sociedade em crise.

Seus livros, tanto os de ficção que, em certa fase, seguiram o modelo naturalista, experimental e documental fundado nas coordenadas biológicas, na filosofia positivista e no determinismo de Taine, como os de artigos-estudos (“Cartas de Inglaterra”, “Ecos de Paris”, “Uma Campanha Alegre” etc.) tiveram grande repercussão no Brasil pela irreverência que os caracterizava, expressa numa linguagem plástica e colorida, que, todavia, nunca chegou à concisão machadiana, e, como observou Jorge de Senna, pelo fascínio que nos despertava a cultura francesa, cuja magia impregnava o admirável autor de **O Primo Basílio**, elaborado quando era ele diplomata na Inglaterra, onde, certamente, aprofundou-se no conhecimento de Charles Dickens, como se abeberara em Flaubert, no “divino Balzac”, em Renan e em Zola, que visitaria em Paris, quando cônsul nessa urbe sedutora.

Os artigos de Eça, cujo primeiro biógrafo, Miguel Mello, que era brasileiro, chegaram a provocar agitação em Pernambuco, como detalhadamente o expõem, Arnaldo Faro e Paulo Cavalcanti, não só pelas críticas a D. Pedro II, que viajava pela Europa, como pelos protestos pelos direitos autorais não pagos, por inércia do monarca, que evoluíram para a ridicularização dos brasileiros, em que pesasse seu avô desembargador ter trabalhado no Brasil, seu pai, também magistrado, ter nascido aqui e ter tido ele uma ama pernambucana. O seu personagem, o esgalgo e frívolo Conselheiro Acácio, “D. Quixote da burocracia”, chegou a ser utilizado como instrumento de combate na política brasileira, como demonstra a coletânea **Lira Acaciana**, injustamente dirigida contra o admirável Alberto Torres.

A Eça atraía o profetismo político (Álvaro Lins, aliás, notou que ele buscava “no fenômeno da decadência os motivos políticos”), mas se acertou com relação ao kaiser e ao advento da China, como potência, equivocou-se sobre o fim da monarquia brasileira que fragmentaria o país, em “cacos de um grande império” e sobre a união da Europa pela desnacionalização de suas partes componentes (é indiscutível, contudo, a sua afirmação de que o Brasil deve ser brasileiro e não “feito com velhos pedaços da Europa”).

Essa questão agitada na França, em maio de 2000, merece, pois, atenção por sua indiscutível importância. Pelas colunas do **Figaro** se debateu a

possibilidade ou não de uma Constituição para a Europa, em que as nações seriam colorações locais de um Estado maior, como as moedas são uma tonalidade geográfica do euro, moeda a que ainda não aderiram a Inglaterra, a Suécia e a Dinamarca. Em **Os Maias**, Eça de Queirós prega os Estados Unidos da Europa.

A história e a cultura européias, marcadas pela disparidade, conspiram contra essa idéia globalizante.

É verdade que o federalismo de regiões parece tornar-se o destino do Estado Federal, que Bernard Barthalay considerava difícil definir, sendo certo que, como observa Michael Reagan o “federalism old style is dead”.

Há que repensar-se, por conseguinte, entre outras coisas, as questões do “Federalismo Hegemônico” e da atribuição dos poderes enumerados e residuais.

Se a Constituição para a Europa abranger apenas os Estados da C.E.E., haverá duas Europas e eles configurariam uma nova espécie de Federação ou uma Confederação. Nessa última, se ela for típica, há que resguardar o direito de secessão e prever, como exemplos anteriores, a hegemonia de um dos Estados confederados que teria poder político de maior voltagem. Essa a razão pela qual o filósofo Kant, que aspirava à “paz perpétua”, descartou a idéia de um Estado Mundial, como o havia feito Hobbes, optando por uma espécie de Estado federal.

As divergências culturais entre os países europeus, e neles mesmos, são inocultáveis, em razão do problema das etnias, das minorias nacionais e das redistribuições territoriais em virtude das guerras ou das transformações institucionais de certos Estados, como a Rússia, cuja Constituição de 1993, exemplarmente democrática, consagrando os direitos inalienáveis, adverte em seu preâmbulo que regula um complexo estado multinacional, atenta às peculiaridades da pátria comum.

Essa exortação seria aplicável, de modo geral, a todos os países europeus, inclusive ao Reino Unido, às voltas com o bilingüismo de Gales e da Irlanda e com os nacionalismos irlandês e escocês, que obteve larga autonomia legislativa, sendo certo que em o norte da Escócia também se fala o gaélico, havendo até dicionários a respeito, e nas ilhas Shetland centenas de palavras têm origem norueguesa. A Bélgica tentou solucionar seus choques culturais com a adoção do Estado Federal.

A Espanha tem quatro línguas, além de dialetos, permitindo às regiões autônomas legislar sobre Direito Civil, lutando, ainda, contra o fa-

natismo independentista de alguns bascos, que não envolve os bascos franceses, em geral.

A Suíça, igualmente, com quatro idiomas, é uma complexa tessitura social controlada por objetivos comuns.

Na Itália, formada somente no século XIX como a Alemanha, com vários dialetos, o norte industrializado pleiteia a independência.

Criações artificiais como a Iugoslávia e a Tchecoslováquia vieram a se desfazer.

Mancini, em sua clássica dissertação “**Sobre a Nacionalidade**”, advertiu que “não há nação da Europa moderna que não conserve ainda hoje em alguns traços característicos certos vestígios das qualidades étnicas das raças primitivas”.

Napoleão viu claro que a “Europa não estará tranqüila até que as coisas estejam assim: a *cada nação*, seus Limites Naturais”.

É claro que a nova feição comunitária da Europa impõe um novo direito (comercial, bancário, civil, penal etc.), e mesmo uma “linguagem jurídica comum”, como nota o professor Diogo Leite Campos (“A unificação do direito financeiro como pressuposto e consequência da união européia, em **Revista de Direito Comparado**, n° 16”), e que Montesquieu lobrigava o Direito das Gentes, “como o Direito Civil do universo”, mas isso não deve constituir uma visão utópica, como a do direito mundial, nem a aceitação da possibilidade de uma constituição única para o velho continente ou mesmo de um Direito Constitucional comum para a Europa, pois ele é reflexo de uma cultura, de uma história sóciopolítica e de nada adiantaria ter uma Constituição, como diz Gordilho, sem estar nela. ◆



EMERJ

MONOGRAFIAS DE ESTAGIÁRIOS DA EMERJ

APROVADAS PELAS BANCAS, EM EXPOSIÇÃO ORAL, NO FINAL DO
CURSO DE PREPARAÇÃO À CARREIRA DA MAGISTRATURA

SEGUNDO SEMESTRE DE 2000

*(Os trabalhos monográficos se acham à disposição dos interessados
para fins de estudos e pesquisas na Biblioteca da EMERJ)*

AGÊNCIAS REGULADORAS: UMA NOVA FORMA DE ATUAÇÃO DO ESTADO

ADRIANA GOMES DE SOUZA

Noções sobre a atividade ordenadora do Estado e sobre as privatizações e as desestatizações no Terceiro Mundo, bem como sobre questões relevantes da função reguladora na experiência brasileira (122 p.).

CLASSIFICAÇÃO DE CRÉDITOS NA FALÊNCIA **ANA CLÁUDIA OLIVEIRA GERVÁSIO DE OLIVEIRA**

Noções sobre as classes de credores habilitados na falência, sua divisão e os aspectos controvertidos na legislação e na jurisprudência (90 p.).

O DIREITO À INTIMIDADE DAS PESSOAS PÚBLICAS **ANDRÉA HADDAD REIMANN**

Exame monográfico do direito à intimidade das pessoas públicas no contexto dos direitos e garantias individuais (Direitos da personalidade e da liberdade de pensamento) (91 p.).

GUARDA COMPARTILHADA

DANIELA DE MENDONÇA TAPAJÓS GOMES

O conceito do pátrio poder e da guarda dos filhos dá início ao estudo da monografista, que inclui as modalidades da guarda e sua aplicação no direito brasileiro (82 p.).

DANOS AMBIENTAIS E RESPONSABILIDADE PENAL (uma visão brasileira)

DANIELLA FIALHO SARAIVA SALGADO

Meio ambiente e ecologia: seus conceitos. A infração por dano ambiental e a respectiva responsabilidade penal (67 p.).

AÇÃO POPULAR E SUA EFETIVIDADE

ELIZABEL VERÔNICA DRABZYNSKI MOURAD

Origem e desenvolvimento da ação popular, suas características e seu processo. Considerações sobre a tramitação da ação popular (75 p.).

PRINCÍPIOS GARANTIDORES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

FABRÍCIO FERNANDES DE CASTRO

O processo e a Constituição. Os princípios e o devido processo penal. Os princípios processuais derivados do *due process*. Os oito princípios consagrados na Constituição são comentados pelo monografista (127 p.).

A AUTONOMIA DO DIREITO DA INFORMÁTICA

HAMURABI ALMEIDA DE PAULA NOVAES

Estudo sobre as acepções da expressão “Direito da Informática” e dos termos Informática e informação e sua utilização na informática, na telecomunicação e na telemática, bem como sobre sua autonomia principiológica e suas relações com os demais ramos do direito (164 p.).

RESPONSABILIDADE CIVIL ENTRE MARIDO E MULHER
IZABEL CRISTINA GUERREIRO

Precedida de estudo sobre o casamento, a separação judicial e os alimentos, a estagiária examina o discutido tema da responsabilidade civil entre marido e mulher por motivo de separação culposa, e resume em três grupos as condutas que ensejam a separação do casal e as reparações de natureza diversa (117 p.).

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA
JOÃO CLÁUDIO CARESTIATO DA SILVA

A conceituação do princípio da insignificância é precedida de estudo sobre o crime, sua evolução histórica e elementos estruturais, como a tipicidade e a culpabilidade, concluindo com o exame das questões relacionadas com o direito dito “alternativo” e a influência da doutrina alemã (121 p.).

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS HOSPITAIS À LUZ DO
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

LETÍCIA TINOCO DE PAULA BRANDÃO

Estudo sobre a responsabilidade civil dos hospitais, antecedido de considerações sobre a responsabilidade civil em geral e no direito do consumidor (62 p.).

UNIÃO CIVIL
MÁRCIA ARAÚJO SIQUEIRA

Estudo das uniões sexuais. A união civil. A união civil e a sociedade brasileira. Estrutura jurídica do tema (99 p.).

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA UMA
SOCIEDADE ABERTA

MARIA DAS GRAÇAS JOVENTINO DIAS

São examinados os diferentes métodos e elementos de interpretação na hermenêutica constitucional e os princípios constitucionais, precedidos

de questões de hermenêutica e de processos de interpretação. Seguem-se considerações sobre a sociedade aberta segundo os intérpretes da Constituição e sobre a Lei nº 9.868, que disciplina o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (113 p.).

A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

MARIA TERESA GUIMARÃES BELCHIOR

Estudo sobre o princípio da efetividade do processo, da teoria da relativização e do autor coletivo, precedido de noções da coisa julgada e das ações coletivas (116 p.).

USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO DE TERRAS DEVOLUTAS

MARLEI RODRIGUES E SILVA

Aspectos gerais do usucapião examinados pelo estagiário em monografia sobre o usucapião especial urbano, o sujeito e os requisitos da posse, a área usucapível e o usucapião de terras devolutas (77 p.).

GARANTIAS, PRIVILÉGIOS E PREFERÊNCIAS DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

MELQUIÁDES A. AGUIRRE

Exame minucioso do crédito tributário, dando-se os conceitos de garantia dos privilégios e da preferência, com anexos da legislação tributária pertinente (159 p.).

CRITÉRIOS ATRIBUTIVOS DE NACIONALIDADE ORIGINÁRIA À LUZ DOS ELEMENTOS DO ESTADO E A TENTATIVA DE SUPRESSÃO DA APATRÍDIA

MIRELA ERBISTE

Com estudo do conceito e elementos do Estado, da soberania, do povo e de seu território, a monografia examina o Direito da nacionalidade originária e derivada, para concluir e se deter na preocupação da sociedade internacional de tentar suprimir ou evitar a ocorrência de mais

apátridas, uma situação lamentável no mundo. Daí a indicação dos diplomas, convenções e protocolos internacionais que se relacionam com o problema (81 p.).

DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO DIREITO DE FAMÍLIA

NILMA LÚCIA PATRÃO DIAS PAMPLONA CORTE REAL

Para apresentar considerações a respeito da desconsideração da pessoa jurídica apontou a monografista as teorias sobre a natureza jurídica e os aspectos dos atos abusivos por ela praticados. Além de examinar também as teorias da desconsideração da pessoa jurídica em geral, tratou da específica desconsideração da pessoa jurídica no Direito de família (105 p.)

ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL EM DECORRÊNCIA DA MUDANÇA DO SEXO

PATRÍCIA DOMINGUES SALUSTIANO

Além de um breve histórico sobre o transexualismo e os tipos sexuais anômalos, apresenta o direito à integridade física e moral e a questão da alteração do estado da pessoa (88 p.).

ASPECTOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

PATRÍCIA MURAD

O problema da inseminação artificial, em suas diversas formas, é examinado sob os aspectos religioso, psicológico, ético e jurídico (144 p.).

O AVISO DE COBRANÇA

PATRÍCIA WANDERKOKE GONÇALVES

A matéria é tratada no âmbito do Direito Tributário, com estudo da natureza e do alcance do aviso de cobrança (129 p.).

MANDADO DE INJUNÇÃO: EM BUSCA DA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

RACHEL BRUNO ANASTÁCIO

A origem e os aspectos históricos e processuais. Visão geral e julgamento da injunção. Distinção entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão (130 p.).

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

RODOLFO LEIVAS

O estagiário põe em confronto a questão do ônus da prova tratado no Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor, com exame final da necessidade de manifestação judicial prévia, determinando seja invertido o ônus de produzir prova para que ocorra a inversão (94 p.).

DIVÓRCIO DIRETO NO DIREITO BRASILEIRO

RODRIGO JOSÉ BALDI LOEWENKRON

Exame da ação de divórcio no Brasil e em outros países, e dos efeitos do divórcio direto, precedido de elementos históricos da família, do casamento e de sua crise (55 p.).

TRÁFICO DE MULHERES

SARA BEZERRA DE MENEZES COSTA

Evolução jurídica sobre o problema do tráfico de mulheres, os aspectos gerais, a legislação e a proteção dos direitos humanos (69 p.).

EXTINÇÃO DAS SERVIDÕES PREDIAIS

SERGIO BAALBAKI

Estudo sobre as servidões prediais, seus princípios, a distinção frente a outros institutos, classificação e formas de sua constituição e extinção (87 p.).

DA CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO: NOVO TÍTULO DE CRÉDITO EXTRAJUDICIAL

TAÍSSA SALLES ROMEIRO

A par de noções sobre o contrato de abertura de crédito, a monografista dá o conceito, aponta a natureza jurídica e estuda questões relacionadas

com a transferência (endosso) da cédula de crédito bancário. Examina, ainda, os procedimentos judiciais de cobrança com base no mesmo título (75 p.).

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO COMO
CONDICIONANTE AO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE**
TATIANA DA COSTA BORGES GRAVINA

Evolução histórica da pena de prisão e o direito de recorrer da decisão condenatória. A prisão cautelar frente ao direito de recorrer em liberdade. A vigência do art. 594, do Código de Processo Penal, em face do princípio constitucional da inocência. A inconstitucionalidade do § 2º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/90 (137 p.).



EMERJ

COLABORARAM NESTE NÚMERO

Áurea Pimentel Pereira, 132

Cristina Gutiérrez, 107

Cristina Tereza Gaulia, 88

Décio Xavier Gama, 128

Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento, 117

Fernando Whitaker da Cunha, 242

Humberto Peña de Moraes, 135

José Carlos Barbosa Moreira, 51

José Geraldo da Fonseca, 149

Luiz Fux, 65

Luiz Roldão de Freitas Gomes, 22

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, 40

Marcus Antonio de Souza Faver, 11

Maria Cristina de Brito Lima, 212

Sérgio Cavalieri Filho, 43

Paulo Rangel, 178

Ricardo A. Malheiros Fiúza, 209

Rodrigo Lopes Lourenço, 234

Rogério Pacheco Alves, 157