

Revista da

EMERJ

Vol. 6
Nº 22
2003



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro



REVISTA DA

EMERJ

v. 6 - n. 22 - 2003

Abril/Maio/Junho

Rio de Janeiro

© 2003, 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; Min. Luiz Fux; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama

Produção Gráfico-Editorial da Assessoria de Publicações da EMERJ

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); Editoração: Wagner Alves e Valéria Monteiro de Andrade; Capa: Geórgia Kitsos e André Amora; Revisão ortográfica: Suely Lima e Rosa Xerfan.

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Tiragem: 3.000 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -
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: (21) 2533-6642 / 2533-5644 / 2588-3376 - Fax: (21) 2533-4860

www.emerj.rj.gov.br ♦ emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br



DIRETORIA DA EMERJ

Diretor-Geral

Des. Sergio 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. 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

ADMINISTRAÇÃO DO TRIBUNAL PARA 2003/2004

A REVISTA DA EMERJ recorda que, com a edição do número anterior, dera início a uma nova etapa de seu já razoável tempo de existência, tanto mais que estamos vivendo tempos de nova administração, a partir de 1º de fevereiro último. O Diretor-Geral da ESCOLA DA MAGISTRATURA, Desembargador Sergio Cavaliere Filho, foi reeleito para novo mandato de dois anos, a 16 de dezembro último, na mesma oportunidade em que ocorreu a eleição dos membros da nova Administração do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, incluindo a Presidência, a Corregedoria-Geral de Justiça e as três Vice-Presidências.

Na eleição, nenhum outro membro do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado se dispôs a concorrer ao cargo de Diretor da ESCOLA, o que resultou na renovação do mandato do atual Diretor por mais dois anos.

Também o novo Presidente do Tribunal de Justiça, Des. Miguel Pachá, foi candidato único ao cargo que passou a ocupar desde 1º de fevereiro deste ano, fato de que não se tem memória haver ocorrido na história do nosso Tribunal.

Compõe-se, assim, a nova Administração do Tribunal:

Desembargador MIGUEL PACHÁ - Presidente,

Desembargador JOSÉ LUCAS MOREIRA ALVES DE BRITO -
Corregedor-Geral de Justiça,

Desembargador JOSÉ CARLOS PESTANA DE AGUIAR SILVA
- 1º Vice-Presidente,

Desembargador MANOEL CARPENA AMORIM - 2º Vice-
Presidente,

Desembargador RAUL DE SAN TIAGO DANTAS QUENTAL
- 3º Vice-Presidente,

Desembargador SERGIO CAVALIERI FILHO - Diretor-Geral da
EMERJ.

A REVISTA DA EMERJ se regozija, pela posse dos novos membros da administração do Tribunal de Justiça, confiante em que se dará

continuidade a realizações anteriores relevantes para o público. Assim foram as reformas e construção de novos prédios com instalações de Foros em Comarcas diversas e de novos órgãos de funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, bem como a instalação de plantões noturnos no Foro Central para a primeira e segunda instâncias.

No tocante a Escola da Magistratura, expandiu-se sobremodo sua atividade, com ampla ocupação de seus espaços para aulas e estagiários. O período de incessante procura pelo ensino jurídico, em tempos da entrada em vigor do novo Código Civil editado em 11 de janeiro último, foi preenchido também com seguidos Encontros, Seminários e, sobretudo, debates sobre as questões suscitadas pelo novo Código.

Décio Xavier Gama
Desembargador do TJ/RJ

SUMÁRIO

O CÓDIGO DO CONSUMIDOR, LEI Nº 8.078/90, E OS NEGÓCIOS BANCÁRIOS.

15

Carlos Mário da Silva Velloso – Ministro e ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal.

1. A arguição da inconstitucionalidade dos serviços bancários sujeitos ao Código do Consumidor. 2. O fenômeno mundial do consumerismo: defesa do consumidor. 3. A defesa do consumidor: princípio constitucional. 4. O conceito de consumidor segundo o Código. 5. Fornecedor: conceito. 6. Serviços de natureza bancária e o Sistema Financeiro Nacional. 7. O Código do Consumidor e a estrutura institucional do Sistema Financeiro Nacional. 8. A incidência do Código do Consumidor nas atividades bancárias e financeiras. 9. A norma do § 2º, do art 3º, do Código do Consumidor e o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade. 10. A questão dos juros aplicáveis às operações bancárias: o § 3º do art. 192 da Constituição Federal. 11. Conclusão.

REPRESSÃO DA LAVAGEM DO DINHEIRO EM PORTUGAL

37

J. Oliveira Ascensão - Prof. da Faculdade de Direito - Universidade de Lisboa - Conferencista da EMERJ.

I- Introdução. 1. O caráter complementar da repressão. 2. O envenenamento do sistema financeiro. 3. A Lei portuguesa. 4. O caráter complementar dos tipos. II – O Crime de Branqueamento de Capitais. 5. O tipo e a infração principal. 6. Relacionamento com a criminalidade altamente organizada. 7. Os tipos penais. 8. O tipo de branqueamento de capitais. 9. O tipo subjetivo. 10. A perda dos resultados do crime. III – O Ilícito de Mera Ordenação Social. 11. Os deveres de entidade perante as quais se procede à reciclagem dos capitais. 12. O sistema das contra-ordenações. 13. Apreciação do sistema instituído. 14. Entidades integradas na organização criminosa. 15. A pessoa jurídica ou coletiva como agente do crime.

REFORMAS PROCESSUAIS E PODERES DO JUIZ

58

José Carlos Barbosa Moreira - Desembargador do TJ/RJ

A posição do juiz no processo e na maior ou menor soma de seus poderes. O processo inquisitivo e o dispositivo. Princípios que nem sempre se vinculam a regime mais liberal ou autoritário. A índole administrativa de muitos atos (art.645 do CPC), como o do poder de polícia, o de requisitar forças policiais etc. Os poderes de caráter jurisdicional, o principal deles: a atividade decisória. O “poder-fim” e os “poderes-meios”. A primazia do juiz na condução do processo. Os dois modelos no que tange à direção do processo. A participação do juiz na instrução probatória (art. 130) e as modificações recentes por que vem passando o CPC, que amplia a sua esfera de atuação de medidas coercitivas.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O NOVO CÓDIGO CIVIL

73

Cármem Lúcia Antunes Rocha - Procuradora de Justiça - MG

Introdução. I. A constitucionalidade dos ramos do direito. II. O Novo Código Civil e os princípios constitucionais. III. Os direitos fundamentais e a codificação civil dos direitos da personalidade. IV. O Poder Público e o tratamento civil dos seus bens. V. A responsabilidade patrimonial dos entes da Administração Pública. VI. Princípios constitucionais da ordem econômica e o direito de empresa. VII. Direito constitucional de propriedade e cuidado civil de propriedade. VIII. O homem e a família na Constituição e no Código Civil. IX. Conclusão.

A REFORMA PROCESSUAL DE 2002. LIGEIRAS ANOTAÇÕES.

94

O AGRAVO DE INSTRUMENTO. (LEI Nº10.352, DE 26.12.01).

Wilson Marques - Desembargador do TJ/RJ. Prof. da EMERJ.

1. Art.. 523, § 2º, Agravo de Instrumento. Agravo Retido. Retenção obrigatória. 2. Art. 523, § 4º. Agravo retido. Retenção obrigatória. 3. Art. 526. Comunicação da interposição do agravo ao juízo do primeiro grau de jurisdição. 4. Art. 527, inc. I. Inciso II do mesmo artigo e a maior novidade da Lei em exame. 5. Inciso III. 6. Inciso IV. 7. IncisoV.

AÇÃO POPULAR

105

Nagib Slaibi Filho – Desembargador do TJ/RJ e Prof. da EMERJ

1. Conceito. 2. Histórico. 3. Objeto. 3.1. Anulação do ato lesivo ao patrimônio público ou à entidade de que o Estado participe. 3.2. Anulação do ato lesivo à moralidade administrativa. 3.3. Anulação do ato lesivo ao meio ambiente. 3.4. Anulação do ato contra o patrimônio histórico e cultural. 4. Legitimado ativo. 5. Legitimado passivo. 6. O papel do Ministério Público. 7. Gratuidade.

REFLEXÕES SOBRE A IMPUTAÇÃO OBJETIVA

119

Álvaro Mayrink da Costa - Desembargador do TJ/RJ e Pres. do Tribunal Regional Eleitoral

Generalidades. Releitura de Roxin. Imputação objetiva, pessoal e global. Traços de polêmica diante dos princípios básicos. Teoria do incremento do risco. Criação de um risco desaprovado. O risco acompanhante. A questão da teoria finalista. O risco permitido. Hipóteses de exclusão da imputação: **a)** na diminuição do risco; **b)** na ausência da real criação do perigo; **c)** nos cursos causais hipotéticos; **d)** no risco permitido. Casos cobertos pelo fim de proteção da norma de cuidado e na condução alternativa do fim. Criação do perigo. Conclusão.

JUIZADOS CRIMINAIS: NOVOS ATORES E NOVOS PRINCÍPIOS PARA UMA JUSTIÇA EFETIVA

138

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho - Juiz de Direito do TJ/RJ.

I. Introdução. II. Juiz Penal e Ativismo Judicial. III. Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal e os Princípios Constitucionais da Dignidade e da Proporcionalidade. IV. Princípio da Busca e da Reparação do Dano. V. Conclusão.

A INTERCEPTAÇÃO DO FLUXO DE COMUNICAÇÕES POR SISTEMAS DE INFORMÁTICA

150

Gustavo Bandeira - Juiz de Direito, Auxiliar na Presidência do TJ/RJ

1. Introdução. 2. O tema e a doutrina. 3. Necessidade de uma nova proposta doutrinária. 4. A questão sob o enfoque da interpre-

tação objetiva *versus* a razoável e necessária sincronia entre o direito e a evolução social. 5 A relevância da interpretação do fluxo das comunicações via informática.- a *internet* – e a lacuna constitucional. 6. Nossa opinião. 7. Conclusão.

**DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE VOTO DAS AÇÕES
PREFERENCIAIS COM DIVIDENDO DIFERENCIADO.**

164

Jorge Lobo - Procurador de Justiça no Rio de Janeiro. Livre docente em Direito Comercial, pela UERJ.

O direito de voto e aos dividendos no regime do Dec.lei nº 2.627/40 (art; 81). O art. 111, § 1º, da Lei nº de 1976. A opinião dos autores, no Brasil e no exterior, lição de Alfredo Lamy Filho e de Modesto Carvalhosa. Assim, se a companhia deixar de pagar dividendos pelo prazo previsto no estatuto social não superior a três exercícios consecutivos, as ações preferenciais com direito a dividendo diferenciado adquirem exercício do direito de voto.

**OS PRINCÍPIOS DA TUTELA AO CONSUMIDOR NA FORMAÇÃO E
EXECUÇÃO DOS CONTRATOS SOB A LEI Nº 8.078/90.**

170

Cristina Tereza Gaulia - Juíza de Direito, Auxiliar na Presidência do TJ/RJ

1. Contratos. 2. Evolução do dogma da autonomia da vontade. 3. Novos paradigmas modeladores do contrato no Estado democrático de direito. 4. A principiologia normativa da Lei nº 8.078/90. 4.1. O princípio da vulnerabilidade. 4.2. O princípio da boa-fé objetiva. 4.3. O princípio da transparência máxima. 4.4. O princípio da lesão. 4. 5. O Dirigismo contratual. Conclusões.

**INTERPRETAÇÃO RETROSPECTIVA: CONSTITUIÇÃO E
PROCESSO PENAL**

192

Rubens R. R. Casara - Juiz de Direito do TJ/RJ

1. Hermenêutica de disciplina auxiliar a tipo filosófico. 2. Hermenêutica tradicional: *locus* da interpretação retrospectiva. 3. Interpretação projetiva (ou da construção do projeto constitucional). 4. Interpretação retrospectiva *versus* interpretação prospectiva. Análise de casos concretos na jurisprudência processual penal brasileira.

**FATO GERADOR DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS
IMÓVEIS NO SISTEMA BRASILEIRO**

223

Maria Cristina Barros Gutierrez Slaibi - Juíza de Direito do TJ/RJ.

1. Sistema de aquisição da propriedade imóvel. 1.1. No direito francês e no germânico. 1.2. No ordenamento jurídico brasileiro. 2. Fato gerador do imposto de transmissão de bens imóveis no sistema brasileiro. 2. 1. Transcrição da escritura de compra e venda no registro imobiliário como fato gerador do ITBI. 2.2. Escritura pública de compra e venda como título hábil à transmissão da propriedade pelo registro. 3. Sentido da expressão “Cessão de direitos e sua aquisição” (art.156, II, da Constituição Federal). 4. Precedente do Supremo Tribunal Federal. 5. Trancamento do inquérito policial. So-negação Fiscal. ITBI. Inocorrência. 6. Conclusão.

APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS

239

Marcelo Menaged – Juiz de Direito do TJ/RJ.

Processo evolutivo do direito que justifica sua existência conforme seus princípios reitores. O homem em sociedade e a relação dos seres humanos. Pelo processo de seleção natural, o Direito só impõe o seu poder coercitivo através da força para garantir a dominação da minoria sobre a minoria para consecução dos seus fins. No exemplo do Código do Consumidor há severas restrições à minoria em favor da maioria que é a parte mais fraca. As regras do CDC se compatibilizam com a Constituição de 1988 e há interferência do Estado na Ordem Pública com normas de aplicação obrigatória. Negação de regras como a do *pacta sunt servanda*. O pensamento do Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Da inexecução da obrigação. Conclusão.

RUI, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PODER JUDICIÁRIO

250

José Eduardo Matta - Juiz Federal.

A definição do fenômeno e a maior dificuldade de avaliar seus reais efeitos na vida dos seres humanos. Globalização e o neoliberalismo. O pensamento de Francisco Mauro Dias, de José Afonso da Silva, de Rui Barbosa, de Ignácio Ramonet e Fábio Comparato, de Evandro Lins e Silva e Evaristo de Moraes Filho.

ASSÉDIO SEXUAL NA EMPRESA

262

José Geraldo da Fonseca - Juiz do Trabalho

1) Introdução. 2) O que é assédio sexual? 3) Diferença entre assédio e cantada. 4) Tipos de assédio. 5) A Lei n° 10.224/2001 e a criminalização do assédio sexual. 6) A responsabilidade da empresa. 7) Assédio sexual e dano moral. 8) Posição da Justiça do Trabalho.

IMPROPRIEDADES DO DENOMINADO “NOVO” CÓDIGO CIVIL

268

Cláudio Calo Souza – Promotor de Justiça e Professor da EMERJ.

I. Intróito. II. Dois conceitos de infração penal de menor potencial ofensivo. III. Do suposto vício de inconstitucionalidade do art. 20 da Lei n° 10.259/2001. IV. Dos crimes que possuem procedimento especial para processo e julgamento. V. Da conclusão.

O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

276

Rogério Pacheco Alves – Promotor de Justiça no Rio de Janeiro.

1. Efetividade e processo cautelar. 2. Requisitos e características das providências cautelares. 3. As medidas cautelares típicas previstas no Código do Processo Penal e na legislação extravagante. 4. Da possibilidade de adoção de medidas cautelares atípicas no processo penal. 5. Do interesse de agir. 6. Limites ao poder geral de cautela. 7. Alguns aspectos pragmáticos.

PENHORA DE COTAS

307

Mônica Gusmão - Advogada e Professora da EMERJ.

1. Introdução. 2. Classificação das sociedades. 3. Natureza jurídica da sociedade por cotas. 4. Natureza jurídica da cota. 5. Copropriedade da cota. 6. Controvérsias sobre a penhora de cotas. 7. Penhora de cotas no novo Código Civil. 8. Conclusão.



EMERJ

COLABORARAM NESTE NÚMERO

- ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, 119
CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO, 15
CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, 73
CLÁUDIO CALO SOUZA, 268
CRISTINA TEREZA GÁULIA, 170
GUSTAVO BANDEIRA, 150
JORGE LOBO, 164
JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, 58
JOSÉ EDUARDO NOBRE MATTA, 250
JOSÉ GERALDO DA FONSECA, 262
J. OLIVEIRA ASCENSÃO, 37
LUIS GUSTAVO GRANDINETTI DE CARVALHO, 138
MARCELO MANAGED, 239
MARIA CRISTINA BARROS GUTIERREZ SLAIBI, 223
MÔNICA GUSMÃO, 307
NAGIB SLAIBI FILHO, 105
ROGÉRIO PACHECO ALVES, 276
RUBENS R. R. CASARA, 192
WILSON MARQUES, 94



O Código do Consumidor, Lei 8.078/90, e os Negócios Bancários(*)

CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO

Ministro do Supremo Tribunal Federal, Professor-Emérito da PUC de Minas Gerais e da Universidade de Brasília, UnB, Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

1. A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS SERVIÇOS BANCÁRIOS SUJEITOS AO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

Dispõe o § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11.09.90:

“Art. 3º -

§ 1º -

§ 2º - *Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado do consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*”

Na ADIn 2.591-DF, foi argüida a inconstitucionalidade da expressão, contida no § 2º, do art. 3º, acima transcrito, “*inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*”.

Sustenta-se que a citada norma, contida na expressão indicada, é ofensiva aos arts. 5º, LIV, e 192, incisos II e IV, da Constituição Federal.

Sou o relator da mencionada ação direta de inconstitucionalidade. Neste trabalho, procuraremos enfatizar o tema em seus diversos aspectos, presente o voto que proferi¹.

2. O FENÔMENO MUNDIAL DO CONSUMERISMO: A DEFESA DO CONSUMIDOR

A proteção do consumidor, registrei, tem encontrado guarida na legislação de muitos países. “*Não é difícil explicar tão grande dimensão para*

(*) Texto básico da exposição feita no painel “Direitos do Consumidor”, na XVIII Conferência Nacional dos Advogados, Salvador, Bahia, em 12.11.2002.

¹ ADIn 2.591-DF, julgamento iniciado em 17.04.02 e suspenso em razão de pedido de vista formulado por um dos ministros. Votou o Ministro Néri da Silveira, acompanhando, no fundamental, o voto do relator.

*um fenômeno jurídico totalmente desconhecido no século passado”, asseveram Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, dado que, “o homem do século XX vive em função de um modelo novo de associativismo: a sociedade de consumo (**mass consumption society** ou **Konsumgesellschaft**), caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do marketing, assim como pelas dificuldades de acesso à justiça. São esses aspectos que marcaram o nascimento e desenvolvimento do direito do consumidor, como disciplina jurídica autônoma”².*

No Brasil, na linha da expansão do fenômeno mundial do “*consumerismo*”, a defesa do consumidor ganhou **status** de princípio constitucional: art. 170, V: “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor.*”

3. A DEFESA DO CONSUMIDOR: PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

A defesa do consumidor, registram Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins, “*pode, então, ser considerada, como afirma Eros Roberto Grau, um ‘princípio constitucional impositivo’ (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumento para realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume a função de diretriz (Dworkin) - norma objetivo - dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas*”³.

Princípio constitucional, a defesa do consumidor (art. 170, V) encontra embasamento em diversos preceitos da Constituição: art. 5º, XXXII: “*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”; art. 24, VIII: competência atribuída à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar concorrentemente sobre responsabilidade por dano ao consumidor;

² Ada Pellegrini Grinover *et alii*, **Código de Defesa do Consumidor**, comentários dos autores do anteprojeto, Forense Universitária, 1991, p. 07.

³ Arruda Alvim *et alii*, **Código do Consumidor Comentado**, R.T., 2ª ed., p. 13.

art. 150, § 5º: “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”; art. 48 do ADCT: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”; art. 175, parágrafo único, II: a lei que regulará as concessões e permissões disporá sobre os direitos dos usuários. É dizer, a Constituição empresta ao princípio especial relevo. Daí o registro de Eros Roberto Grau: “A par de consubstanciar, a defesa do consumidor, um modismo modernizante do capitalismo - a ideologia do consumo contemporizada (a regra ‘acumulai, acumulai’ impõe o ditame ‘consumi, consumi’, agora porém sob proteção jurídica de quem consome) - afeta todo o exercício de atividade econômica, inclusive tomada a expressão em sentido amplo, como se apura da leitura do parágrafo único, II, do art. 175. O caráter constitucional conformador da ordem econômica, deste como dos demais princípios de que tenho cogitado, é inquestionável”⁴.

Destarte, presente a lição de Luís Roberto Barroso, no sentido de que “os princípios constitucionais, ... explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico”, dado que “espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins”, pelo que “dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas”, e porque os princípios, ademais, condensam valores, dão unidade ao sistema e condicionam a atividade do intérprete⁵, presente, repito, a lição do Professor Luís Roberto Barroso, é correta a posição adotada por Werson Rêgo e Oswaldo Rêgo, com apoio no magistério do professor e desembargador Sérgio Cavalieri Filho, “que concebe o Código de Proteção e Defesa do Consumidor como uma sobreestrutura jurídica multidisciplinar, aplicável em toda e

⁴ Eros Roberto Grau, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, Malheiros Ed., 6ª ed., 2001, p. 272/273.

⁵ Luís Roberto Barroso, “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro - pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo”, **Rev. Forense**, 358/91.

qualquer área do direito onde ocorrer uma relação de consumo, justamente em razão da dimensão coletiva que assume, vez que composto por normas de ordem pública e de interesse social”⁶.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 1990, encontra fundamento, portanto, na Constituição, regula ele um princípio constitucional - a defesa do consumidor - e foi editado por expressa determinação constitucional - ADCT, art. 48 - que fixou prazo ao legislador ordinário para a sua elaboração.

4. O CONCEITO DE CONSUMIDOR SEGUNDO O CÓDIGO

Começa o Código por conceituar **consumidor**: *“toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”* (art. 2º), equiparando-se a *“consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”* (parágrafo único do art. 2º).

O conceito de consumidor, está-se a ver, tem caráter econômico, *“ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.”⁷*

5. FORNECEDOR: CONCEITO

O conceito de fornecedor nos é dado pelo Código, art. 3º: *“Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”*. É dizer, numa relação de consumo, há dois personagens: o primeiro, é o consumidor; o outro, o fornece-

⁶ Werson Rêgo e Oswaldo Rêgo, “O Código de Defesa do Consumidor e o Direito Econômico, inédito; Sergio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros Ed, 3ª ed., p.412 e segs.

⁷ José Geraldo Brito Filomeno, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, comentários dos autores do anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover *et alii*, citado, p. 24.

dor de produtos e serviços. O § 1º do art. 3º conceitua, a seu turno, produto, a dizer que “*produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial*”. O § 2º nos dá o conceito de serviço, estatuinto que “*Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista*”. Toda atividade remunerada, portanto, “*fornecida no mercado de consumo*”, constitui serviço, pelo que está abrangida pelo Código⁸. E o Código foi expresso, incluindo, no conceito de serviço, as atividades “**de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária**”.

6. SERVIÇOS DE NATUREZA BANCÁRIA E O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

A questão a saber é se a inclusão mencionada afetou relações próprias do Sistema Financeiro Nacional, inscrito no art. 192 da Constituição, invadindo campo reservado à lei complementar. Penso que não.

Tal como entende o Procurador-Geral da República, Prof. Geraldo Brindeiro, “*pela Lei nº 8.078 não se criam atribuições peculiares ao mercado e às instituições financeiras; as normas ali insculpidas não dizem respeito, absolutamente, à regulação do Sistema Financeiro, mas à proteção e defesa do consumidor, pressuposto de observância obrigatória por todos os operadores do mercado de consumo - até mesmo pelas instituições financeiras*”. Perfeito, parece-me, o entendimento de Brindeiro, quando acrescenta inexistir invasão de competência, dado que é possível coexistir a lei complementar reguladora do Sistema Financeiro Nacional e o Código do Consumidor, ao qual devem sujeitar-se as instituições bancárias, como se sujeitam a inúmeros outros diplomas legais: a legislação do imposto de renda, a legislação previdenciária, trabalhista, societária etc.⁹ polêmica abordada por Cláudia Lima Marques, que concluiu pela inexistência de colisão entre tais leis, inclusive o Código do Consumidor, e a lei complementar do

⁸ Arruda Alvim *et alii*, **Código do Consumidor Comentado**, citado, p. 37/38.

⁹ Geraldo Brindeiro, Parecer oferecido na ADIn 2.591-DF.

Sistema Financeiro, já que cada uma delas atua em campo próprio¹⁰. Acrescenta o eminente Procurador-Geral:

“14. De outro lado, a existência de um código de defesa do consumidor, com incidência nas relações entre instituições financeiras e consumidores, não subtrai ao Banco Central o ônus de disciplinar a prestação de serviços bancários a clientes e ao público em geral, como previsto na legislação pertinente. A propósito, aquela autarquia tornou pública, em 26 de julho de 2001, a Resolução nº 2.878, do Conselho Monetário Nacional, que dispõe sobre procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral.”¹¹

7. O CÓDIGO DO CONSUMIDOR E A ESTRUTURA INSTITUCIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

É que o Código do Consumidor não interfere com a estrutura institucional do Sistema Financeiro Nacional. Esta, sim, será regulada por lei complementar - C.F., art. 192 - que disporá, inclusive, sobre os temas inscritos nos incisos I a VIII do mesmo artigo 192, cuidando o § 1º deste da autorização a que se referem os incisos I e II; o § 2º disciplina os recursos financeiros relativos a programas e projetos de caráter regional, de responsabilidade da União, que serão depositados em suas instituições regionais de créditos e por elas aplicados; e o § 3º estabelece que *“as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”*.

¹⁰ Cláudia Lima Marques, **ap.** Parecer do Prof. Geraldo Brindeiro, ADIn 2.591-DF.

¹¹ Geraldo Brindeiro, parecer citado.

Apenas no tocante ao § 3º do art. 192 é que não se pode dizer, de pronto, que a questão estaria resolvida. Mais a frente, dela cuidaremos em pormenor.

Quando do julgamento da ADIn 449-DF¹², de que fui relator, sustentei que a Constituição recebeu a Lei nº 4.595, de 1964, como lei complementar, no que toca à organização, ao funcionamento e às atribuições do Banco Central. Todavia, no que diz respeito ao pessoal do Banco Central, assim não ocorre, dado que essa matéria não se inclui naquelas postas, expressamente, no inciso IV do art. 192 da Constituição.

Da mesma forma que a legislação que diga respeito ao pessoal do Banco Central não pode ser considerada lei complementar, porque não diz respeito ao Sistema Financeiro Nacional e nem se inclui, expressamente, nos incisos I a VIII do art. 192, também não se pode afirmar que os direitos dos consumidores de produtos financeiros e serviços bancários estariam inscritos no citado art. 192 e incisos, da Constituição Federal.

8. A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR NAS ATIVIDADES BANCÁRIAS E FINANCEIRAS

Considerável parte da doutrina é no sentido da incidência do Código de Defesa do Consumidor nas atividades bancárias e financeiras. Assim, por exemplo, o magistério de Cláudia Lima Marques¹³, Newton De Lucca¹⁴, Antônio Carlos Efig¹⁵, Nelson Néry Júnior¹⁶, Fábio Zabot Holthausen¹⁷,

¹² RTJ 162/420.

¹³ Cláudia Lima Marques, “Sociedade de informação e serviços bancários: primeiras observações”, **Rev. de Dir. do Consumidor**, 39/49; “Relação de consumo entre os depositantes de cadernetas de poupança e os bancos e instituições que arrecadam a poupança popular”, **Rev. dos Tribs.**, 760/108; “Contratos bancários em tempos pós-modernos - primeiras reflexões”, **Rev. do Dir. do Consumidor**, 25/19.

¹⁴ **Direito do Consumidor**, Edipro, 2ª ed., 2000, p. 112/128; “A aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade bancária”, **Rev. do Instituto dos Advogados de São Paulo**, 2/158.

¹⁵ “Sistema Financeiro e o Cód. do Consumidor”, **Rev. de Dir. do Consumidor**, 17/65; “Responsabilidade civil do agente bancário e financeiro, segundo as normas do Cód. de Defesa do Consumidor”, **Rev. de Dir. do Consumidor**, 18/105.

¹⁶ “Defesa do consumidor de crédito bancário em juízo”, **Rev. de Dir. Privado**, 5/192.

¹⁷ “Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às operações bancárias”, **AJURIS**, março/98, v. II/704.

Ulisses César Martins de Souza¹⁸, José Cretella Júnior¹⁹, René Ariel Dotti²⁰, Renata Macheti Silveira²¹, Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior²², Luiz Rodrigues Wambier²³, Giacomino Rizzo e Henrique Afonso Pipolo²⁴, Márcio Mello Casado²⁵, Élcio Trujillo²⁶, Sérgio Cavalieri Filho²⁷, Arruda Alvim²⁸, Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva²⁹, José Geraldo Brito Filomeno³⁰, Luiz Antônio Rizzato Nunes³¹, Werson Rêgo e Oswaldo Rêgo³².

José Geraldo Brito Filomeno, retrocitado, exclui da relação de consumo os tributos, “*que se inserem no âmbito das relações de natureza tributária*”³³. Neste sentido, aliás, o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 195.056-PR, de que fui relator. O acórdão ainda não foi publicado, porque há notas taquigráficas retidas em gabinete. Já elaborei, entretanto, a ementa para o acórdão, que tem o seguinte teor:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSTOS: IPTU. MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE. LEI Nº 7.374, DE 1985, ART. 1º, II, E ART. 21, COM A REDAÇÃO

¹⁸ “O conceito de consumidor na Lei 8.078/90 e sua aplicação aos contratos bancários”, **Rev. Jurídica**, 269/69.

¹⁹ **Comentários ao Código do Consumidor**, Forense, 1992, p. 16.

²⁰ **Comentários ao Código do Consumidor**, p. 16.

²¹ “As instituições financeiras e sua condição de fornecedoras de serviços sob a disciplina do Cód. de Defesa do Consumidor”, **Rev. Nacional de Direito e Jurisp.**, 8/14.

²² “Direito do Consumidor e Serviços Bancários e Financeiros - Aplicação do CDC nas Atividades Bancárias”, **Rev. de Dir. do Consumidor**, 27/7.

²³ “Os contratos bancários e o Cód. de Defesa do Consumidor - uma nova abordagem”, **Rev. dos Tribs.**, 742/57.

²⁴ “Aspectos da sujeição das instituições financeiras ao CDC”, **Repertório IOB**, nº 3/17649;

²⁵ **Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro**, Ed. R.T., v. 15/28.

²⁶ “A defesa do consumidor, a relação contratual bancária e o empresário financeiro”, **Rev. de Inf. Legislativa**, 132/143;

²⁷ **Programa de Responsabilidade Civil**, Malheiros Ed., 3ª ed., p. 343 e 408 e segs.

²⁸ **Código do Consumidor Comentado**, Arruda Alvim *et alii*, Ed. R. T., 2ª ed., p. 38-39;

²⁹ **Código de Defesa do Consumidor anotado**, Saraiva, 2001, p. 9/10.

³⁰ **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, comentários dos autores do anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover *et alii*, citado, p. 34.

³¹ **Comentários ao Cód. de Defesa do Consumidor**, Saraiva, 2000 (arts. 1º a 54), p. 98/99.

³² **O Código de Defesa do Consumidor e o Direito Econômico**, citado.

³³ José Geraldo Brito Filomeno, ob. cit., p. 34.

DO ART. 117 DA LEI Nº 8.078, DE 1990 (CÓDIGO DO CONSUMIDOR); LEI Nº 8.625, DE 1993, ART. 25. C.F., ARTIGOS 127 E 129, III.

I. - A ação civil pública presta-se à defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei nº 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei nº 8.078/90 (Cód. do Consumidor); Lei nº 8.625, de 1993, art. 25.

*II. - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se à defesa desses direitos, legitimado o Ministério Público para a causa. C.F., art. 127, **caput**, e art. 129, III.*

*III. - O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso o IPTU - pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei nº 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei nº 8.078/90 (Cód. do Consumidor); Lei nº 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com 'interesses sociais e individuais indisponíveis.' (C.F., art. 127, **caput**).*

IV. - R.E. não conhecido."

Na verdade, o Código de Defesa do Consumidor não interfere com a sistemática da Lei 4.595, de 1964, recebida pela CF/88. Ao contrário, deixa expresso que esta, a Lei 4.595, não permite ações coletivas para a reivindicação de direitos individuais disponíveis. De outro lado, o fato de os bancos

lidarem com recursos de terceiros não representaria, a aplicação do Código, ofensa a direitos de outros consumidores. Ora, as instituições financeiras obtêm recursos no mercado, mediante remuneração - essa é a regra - e repassam esses recursos, como fornecedores, aos consumidores de produtos financeiros, auferindo lucro. Vale registrar, no ponto, a lição de Márcio Mello Casado, a dizer que os bancos são obrigatoriamente organizados sob a forma de sociedades anônimas, o que lhes confere a condição de comerciantes³⁴.

Em suma, a defesa do consumidor constitui princípio constitucional, que se realiza mediante a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mandado elaborar pela Constituição, ADCT, art. 48. Esse diploma legal, o Código de Defesa do Consumidor, não interfere com o Sistema Financeiro Nacional, art. 192 da Constituição, em termos institucionais, já que o Código limita-se a proteger e defender o consumidor, o que não implica, repete-se, interferência no Sistema Financeiro Nacional. Protegendo e defendendo o consumidor, realiza o Código o princípio constitucional. Atualmente, o Sistema Financeiro Nacional é regulado pela Lei 4.595/64, recebida pela C.F./88 como lei complementar naquilo em que ela regula e disciplina o Sistema, não existindo entre aquela lei e a Lei 8.078, de 1990 - Cód. de Defesa do Consumidor - antinomias. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se às atividades bancárias da mesma forma que a essas atividades são aplicáveis, sempre que couber, o Cód. Civil, o Cód. Comercial, o Código Tributário Nacional, a Consolidação das Leis Trabalhistas e tantas outras leis.

9. A NORMA DO § 2º DO ART. 3º DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE OU DA PROPORCIONALIDADE

A alegação no sentido de que a norma do § 2º do art. 3º da Lei 8.078/90 - “*inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*” - seria desarrazoada, ou ofensiva ao princípio da proporcionalidade, porque estaria tratando as entidades bancárias da mesma forma como trata os demais fornecedores de produtos e serviços, assim violadora de devido processo legal em termos substantivos - C.F., art. 5º, LIV - não tem procedência. Desarrazoado seria se o Código de Defesa do

³⁴ Ob. e loc. citis.

Consumidor discriminasse em favor das entidades bancárias. Aí, sim, porque inexistente fator justificador do discrimen, teríamos norma desarrazoada, ofensiva, por isso mesmo, ao *substantive due process of law*, que hoje integra o Direito Constitucional positivo brasileiro (C.F., art. 5º, LIV).

10. A QUESTÃO DOS JUROS APLICÁVEIS ÀS OPERAÇÕES BANCÁRIAS: O § 3º DO ART. 192 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Merece reflexão maior a questão dos juros aplicáveis às operações relativas às atividades bancárias, tendo em vista o que está disposto no § 3º do art. 192 da Constituição, a estabelecer que as “*as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano*” e que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 4-DF, Relator o Ministro Sydney Sanches, decidiu não ser auto-aplicável, porque dependente da lei complementar referida no **caput** do art. 192, pelo que declarou constitucionais o parecer da Consultoria Geral da República, aprovado pela Presidência da República e circular do Banco Central, “*o primeiro considerando não auto-aplicável a norma do § 3º sobre juros reais de 12% ao ano, e a segunda determinando a observância da legislação anterior à Constituição de 1988, até o advento da lei complementar reguladora do Sistema Financeiro Nacional*”³⁵.

Assim a ementa do acórdão da mencionada ADIn 4-DF, Relator o Ministro Sydney Sanches, no ponto que interessa:

“EMENTA: - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Taxa de juros reais até doze por cento ao ano (parágrafo 3º do art. 192 da Constituição Federal). (omissis)

***MÉRITO:** eficácia imediata, ou não, da norma do parágrafo 3º do art. 192 da Constituição Federal, sobre a taxa de juros reais (12% ao ano). (omissis)*

*...Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (art. 192), estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no **caput**, nos seus incisos e parágrafos, não é de se*

³⁵ RTJ 147/719.

*admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu parágrafo 3º, sobre taxa de juros reais (12% ao ano), até porque estes não foram conceituados. Só o tratamento global do Sistema Financeiro Nacional, na futura lei complementar, com a observância de todas as normas do **caput**, dos incisos e parágrafos do art. 192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma.*

...Em conseqüência, não são inconstitucionais os atos normativos em questão (parecer da Consultoria Geral da República, aprovado pela Presidência da República e circular do Banco Central), o primeiro considerando não auto-aplicável a norma do parágrafo 3º sobre juros reais de 12% ao ano, e a segunda determinando a observância da legislação anterior à Constituição de 1988, até o advento da lei complementar reguladora do Sistema Financeiro Nacional. ...Ação declaratória de inconstitucionalidade julgada improcedente, por maioria de votos.”

Essa questão, a dos juros reais de 12% ao ano, porque expressamente referida no art. 192, § 3º, da Constituição, por isso mesmo integrante do Sistema Financeiro Nacional, e porque considerada não de eficácia plena, ou não auto-aplicável, pelo Supremo Tribunal, na citada ADIn 4-DF, põe-se fora do alcance do Código de Defesa do Consumidor.

Quando do julgamento da ADIn 4-DF, fui voto vencido. Este o voto que proferi:

*“Senhor Presidente, os que sustentam que a norma do § 3º do art. 192 da Constituição é meramente programática, assim o fazem, ao que apreendi, sobre dois fundamentos: a) a eficácia do § 3º do art. 192 estaria condicionada à edição da Lei Complementar referida no **caput** do art. 192; enquanto essa lei não vier a lume, a norma do citado § 3º do art. 192 é de eficácia limitada, declaratória de princípios programáticos; b) a locução*

'taxa de juros reais' não teria sido definida juridicamente, o que impediria a imediata aplicação da norma limitadora dos juros.

Examinemos esses argumentos.

Os estudiosos de hermenêutica constitucional ensinam que as normas constitucionais que contenham vedações, proibições ou que declarem direitos são, de regra, de eficácia plena. Assim, no Brasil, contemporaneamente, a lição de José Afonso da Silva³⁶, na linha, aliás, da doutrina e da jurisprudência americanas, que Rui Barbosa expôs, admiravelmente. Em voto que proferi neste Plenário, disse eu que a regra que vem do Direito americano é esta: as normas constitucionais que veiculam declarações de direito, imunidades e vedações são, de regra, auto-executáveis. Assim a lição de Rui:

'As proibições constitucionais e as declarações de direitos articuladas nas Constituições adicionam os arestos americanos, como dotadas, igualmente, de vigor imediato e anterior a qualquer explanação legislativa, as isenções constitucionalmente decretadas. 'Exemptions may be regarded as prohibitions' (16 L.R.A., 284, not.)³⁷.

Thomas M. Cooley resume a jurisprudência americana a respeito do tema:

'Pode-se dizer que uma disposição constitucional é auto-executável (self-executing), quando nos fornece uma regra, mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto, e que não é auto-aplicável, quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas, por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei³⁸.

³⁶ José Afonso da Silva, **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, R.T., 2ª ed., 1982, p. 89.

³⁷ Rui Barbosa, **Comentários à Constituição Brasileira**, coligidos por Homero Pires, 1933, II/485.

³⁸ T. Cooley, **Treatise on the Constitutional Limitations**, ap. Rui Barbosa, ob. e loc. cit., p. 495..

Celso Antônio Bandeira de Mello, escrevendo sobre a ‘Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social’, registrou que o critério classificador da eficácia é a consistência e amplitude dos direitos imediatamente resultantes para os indivíduos³⁹.

O § 3º do art. 192 da Constituição, Senhor Presidente, contém, sem dúvida, uma vedação. E contém, de outro lado, um direito, ou, noutras palavras, ele confere, também, um direito, um direito aos que operam no mercado financeiro. Em trabalho doutrinário que escreveu sobre a taxa de juros do § 3º do art. 192 da Constituição, lecionou o Desembargador Régis Fernandes de Oliveira:

*‘Percebe-se, claramente, que a norma constitucional gerou um **direito** exercitável no círculo do sistema financeiro, criador de uma limitação. Está ela plenamente delimitada no corpo da norma constitucional, independentemente de qualquer lei ou norma jurídica posterior. Bem se vê que ‘as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano...’ Segue a redação após o ponto e vírgula estabelecendo que o descumprimento do preceito será estabelecido em lei (ordinária, porque definidora de infração penal).*

O desfrute de tal limitação constitucional àqueles que lidam no mercado financeiro (qualquer do povo) é imediato. A limitação aos que operam no sistema, emprestando dinheiro é imediata. Do direito de um nasce a obrigação do outro. A relação jurídica intersubjetiva que se instaura gera a perspectiva do imediato desfrute da limitação imposta’.⁴⁰

Contém, já falamos, o citado § 3º, do art. 192, da Constituição, uma vedação: ‘as taxas de juros reais, nelas incluídas das comissões e quaisquer outras remunerações direta ou

³⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, “Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social”, RDP, 57-58/233

⁴⁰ Régis Fernandes de Oliveira, “Taxa de Juros”, inédito.

indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano'. Porque ela é uma norma proibitória ou vedatória, ela é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, ou é ela uma norma auto-aplicável. E porque confere ela, também, um direito aos que operam no mercado financeiro, também por isso a citada norma é de eficácia plena. Não me refiro, evidentemente, à segunda parte do § 3º do art. 192, que sujeita a cobrança acima do limite a sanções penais, porque esse dispositivo não precisa ser trazido ao debate.

Mas não é só por isso, Senhor Presidente, que me convenci de que o citado dispositivo constitucional é auto-aplicável. Há mais: As normas constitucionais são, de regra, auto-aplicáveis, vale dizer, são de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Já foi o tempo em que predominava a doutrina no sentido de que seriam excepcionais as normas constitucionais que seriam, por si mesmas, executórias. Leciona José Afonso da Silva que, 'hoje, prevalece entendimento diverso. A orientação doutrinária moderna é no sentido de reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter sócio-ideológicas, as quais até bem recentemente não passavam de princípios programáticos. Torna-se cada vez mais concreta a outorga dos direitos e garantias sociais das constituições'⁴¹. Nem poderia ser de outra forma. É que o legislador constituinte não depende do legislador ordinário. Este é que depende daquele. Então, o que deve o intérprete fazer, diante de um texto constitucional de duvidosa auto-aplicabilidade, é verificar se lhe é possível, mediante os processos de integração, integrar a norma à ordem jurídica. Esses métodos ou processos de integração são conhecidos: a analogia, que consiste na aplicação a um caso não previsto por norma jurídica uma norma prevista para hipótese distinta, porém semelhante à hipótese não contemplada; o costume; os princípios

⁴¹ José Afonso da Silva, ob. cit., p. 76.

gerais de direito e o juízo de equidade, que se distingue da jurisdição de equidade. De outro lado, pode ocorrer que uma norma constitucional se refira a instituto de conceito jurídico indeterminado. Isto tornaria inaplicável a norma constitucional? Não. É que a norma dependeria, apenas, de 'interpretação capaz de precisar e concretizar o sentido de conceitos jurídicos indeterminados', interpretação que daria à norma 'sentido operante, atuante', ensina o Professor e Desembargador José Carlos Barbosa Moreira, com a sua peculiar acuidade jurídica⁴². É o caso da 'taxa de juros reais' inscrita no § 3º do art. 192 da Constituição, que tem conceito jurídico indeterminado, e que, por isso mesmo, deve o juiz concretizar-lhe o conceito, que isto constitui característica da função jurisdicional. Busco, novamente, a lição de J.C. Barbosa Moreira a dizer que 'todo conceito jurídico indeterminado é suscetível de concretização pelo juiz, como é o conceito de boa-fé, como é o conceito de bons costumes, como é o conceito de ordem pública e tantos outros com os quais estamos habituados a lidar em nossa tarefa cotidiana'⁴³.

Não seria procedente, portanto, o segundo argumento dos que entendem que o § 3º do art. 192 não é auto-aplicável: a locução 'taxa de juros reais' não teria sido definida juridicamente, o que impediria a imediata aplicação da norma limitadora dos juros. Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁴ registra que 'a imprecisão ou fluidez das palavras constitucionais não lhes retira a imediata aplicabilidade dentro do campo invidioso de sua significação. Supor a necessidade de lei para delimitar este campo, implicaria outorgar à lei mais força do que à Constituição, pois deixaria sem resposta a seguinte pergunta: de onde a lei sacou a base significativa para dispor do modo em que o fez, ao regular o alcance do preceito constitucional? É puramente ideológica e não científica a tese que

⁴² José Carlos Barbosa Moreira, "Mandado de Injunção", in **Estudos Jurídicos**, Rio, 1991, p. 41.

⁴³ J.C. Barbosa Moreira, ob. e loc. citis.

⁴⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. e loc. citis.

faz depender de lei a fruição dos poderes ou direitos configurados em termos algo fluidos.’ Cita, a seguir, em abono da tese, lição de Garcia de Enterría⁴⁵: ‘La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados (que, no obstante su nombre, um tanto general, son conceptos de valor ou de experiencia utilizados por las Leyes) es común a todas las esferas del Derecho. Así en el Derecho Civil (buena fé, diligencia del buen padre de familia, negligencia, etc.), o en el Penal (nocturnidad, alevosia, abusos deshonestos, etc.), o en el Procesal (dividir la continuencia de la causa, conexión directa, pertinencia de los interrogatorios, medidas adecuadas para promover la ejecución, perjuicio irreparable etc.) o en Mercantil (interés social, sobrecimiento general en los pagos, etc.)’ e conclui Celso Antônio Bandeira de Mello:

‘Ora bem, se em todos os ramos do Direito as normas fazem uso deste tipo de conceitos, sem que jamais fosse negado caber aos juízes fixar seu alcance nos casos concretos - o que está a demonstrar a possibilidade de sacar deles uma certa significação - por que negar que possam fazê-lo quando se trata de extrair o cumprimento da vontade constitucional? Por que imaginar necessário que o Poder Legislativo disponha sobre a matéria para, só então, considerado Poder Executivo ou terceiro obrigado a respeitá-los em matéria de liberdades públicas ou de direitos sociais?’⁴⁶

O Professor Eros Roberto Grau cuidou, também, do tema e anotou que ‘a linguagem jurídica, toda ela, apresenta zonas de penumbra e é, atual ou potencialmente, vaga e imprecisa’, convindo acentuar, entretanto, ‘que não há conceitos indeterminados, mas sim conceitos cujos termos são indeterminados’ e que ‘ao Poder Judiciário, em última instância, compete operar a determinação desses conceitos’⁴⁷.

No que toca ao conceito de juro reais, acrescenta Eros Grau, em trabalho específico sobre a questão dos juro reais, que ‘toda

⁴⁵ E. Garcia de Enterría, **Curso de Derecho Administrativo**, Civitas, Madri, 1974, I/293-294.

⁴⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. e loc. citis.

⁴⁷ Eros Roberto Grau, **Direito, conceitos e normas jurídicas**, p. 184-186.

*a gente sabe - não é preciso ser economista para tanto - que juros reais são as quantias que ultrapassam o volume de inflação no período de sua contagem, delas descontadas incidências tributárias, as tarefas admitidas pelo Banco Central e as parcelas atribuídas a juros de mora*⁴⁸.

*E, no rumo do que linhas atrás ficou exposto, conclui que, 'a dar-se crédito ao entendimento de que não tem aplicação o parágrafo 3º do art. 192 da Constituição, porque inexistente definição legal de juros reais', por idêntico motivo não teriam aplicação outros preceitos constitucionais de conceitos também imprecisos, como 'tratamento desumano ou degradante' (art. 5º, III), 'imminente perigo público' (art. 5º, XXV), 'consumidor' (art. 5º, XXXII), 'contraditório e ampla defesa' (art. 5º, LV)*⁴⁹.

Essas considerações, Senhor Presidente, me parecem acertadas. Na verdade, a imprecisão das palavras inscritas na Constituição não lhes retira a aplicabilidade, como bem anotou o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, no trabalho mencionado. É que a concretização desses conceitos cabe ao juiz, é uma tarefa nossa.

A formulação do conceito de juros reais ou a concretização desse conceito não oferece, ao que penso, maiores dificuldades. Juros reais diferem de juros nominais. Os juros reais constituem efetiva ou real remuneração do capital. Assim, incidem eles sobre o capital corrigido monetariamente, por isso que a doutrina e a jurisprudência já estabeleceram que a correção monetária não constitui acréscimo, sendo mera atualização do capital. Em outras palavras, os juros reais são juros deflacionados, são os juros que se calculam desprezando-se a parcela referente à correção monetária.

Li, com o cuidado que se requer, e tendo em vista a responsabilidade que temos, cada um de nós, como juiz da Corte Suprema, os inúmeros pareceres que nos foram oferecidos, estando quase todos eles publicados na RDP 88 e 89. Na RDP

⁴⁸ Eros Roberto Grau, **As Normas Constitucionais Programáticas**, in **A Luta contra a Usura**, Ed. Graal, p. 37-49.

⁴⁹ Eros Roberto Grau, ob. e loc. citis.

88 estão os pareceres de Hely Lopes Meirelles, Caio Tácito, José Frederico Marques, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Bastos e Ives Gandra da Silva Martins (RDP 88, págs. 147 e segs.) Na RDP 89, encontram-se os pareceres de Rosah Russomano (pág. 63 e segs.), José Alfredo de Oliveira Baracho (págs. 71 e segs.) e Cid Heráclito de Queiroz (págs. 246 e segs.). A RDP 91 voltou a publicar o parecer do Prof. Caio Tácito (págs. 236 e segs.). São trabalhos jurídicos, todos eles, do melhor nível e fazem justiça à fama de que gozam esses eminentes juristas. Detive-me, especialmente, sobre o parecer do Prof. Caio Tácito, no ponto em que o eminente publicista, examinando o conceito jurídico de juros reais e sustentando que esse conceito é de difícil formulação, invoca, em apoio de sua conclusão, a lição de Irving Fischer, economista que escreveu, em 1930, obra que é considerada clássica - 'A Teoria do Juro', e que foi traduzida no Brasil. Escreveu o Prof. Caio Tácito: 'Em verdade, não há, em nosso Direito Positivo, um conceito de juros reais, que somente ingressa na terminologia legal com o advento do § 3º do art. 192 da nova Constituição. Irving Fischer, em obra clássica de 1930 (na qual desenvolveu a teoria do juro expressa no início do século), vulgarizou a distinção entre o juro monetário e o juro real: 'Se o padrão monetário fosse sempre estável em relação aos bens, a taxa de juro, calculada em termos do dinheiro, seria a mesma como se calculada em termos de bens. Quando, porém, o dinheiro e os bens mudam em relação um ao outro - em outras palavras, quando o padrão monetário valoriza ou desvaloriza em termos de bens - os números que expressam as duas taxas de juro, uma calculada em termos de dinheiro e outra calculada em termos de bens, serão um tanto diferentes. Além do mais, a primeira, ou a taxa monetária, a única cotada no mercado, será influenciada pela valorização ou desvalorização⁵⁰.

A complexidade do conceito dos juros reais estaria, está-se a ver, na instabilidade do padrão monetário. O Prof. Caio Tácito, aliás, registra que a advertência de Fischer 'antecipa o reconhecimento da correção monetária como um processo de

⁵⁰ Caio Tácito, Parecer, O Art. 192 de Constituição Federal e seu parágrafo 3º, RDP 88/151.

*atualização do poder aquisitivo da moeda aviltada pelo efeito da inflação*⁵¹. Ora, certo é que, na quadra atual, temos o mecanismo da correção monetária, que atualiza a moeda, correção aceita tanto pelo Governo quanto pelos entes privados, comerciantes, empresários e por todos os que lidam no mercado financeiro. Sendo assim, e porque afirmamos que juro real é o juro nominal deflacionado, perderia sentido o fator que emprestaria complexidade à formulação do conceito de juro real. Em *Ciência Econômica*, registra o Juiz Sérgio Gischkow Pereira, forte em Antônio Carlos Marques de Matos⁵², ‘os vocábulos ‘valor nominal’ e ‘valor real’ são assim definidos: valor nominal é o valor tal e qual se apresenta; o valor real é o nominal deflacionado (se houver inflação), ou inflacionado (se houver deflação).’ E acrescenta o Juiz Gischkow, alicerçado no magistério de Paul Singer⁵³: ‘Dentro desta visão, a taxa de juros reais não é apenas constituída pelo juro puro ou básico, compreendido como remuneração pela renúncia à liquidez, mas abrange o elemento de risco e os custos da transação ou remuneração do intermediário⁵⁴.

Parece-me, Senhor Presidente, que somos fiéis à Constituição quando afirmamos que a taxa de juros reais, segundo está no § 3º do art. 192, é mesmo o juro nominal deflacionado; ou é o juro que se obtém a partir do capital corrigido monetariamente. Esse juro nominal deflacionado remunerará o capital e os custos permitidos, incluindo-se, evidentemente, os tributos que têm como contribuinte de direito o prestador do dinheiro. Os tributos de que o tomador do empréstimo for o contribuinte de jure não estariam contidos no conceito de juros reais.

Ontem, Senhor Presidente, no discurso que fiz, nesta Corte, em memória do Ministro Adalácio Nogueira, ressaltai a importância do

⁵¹ Caio Tácito, ob. e loc. citis.

⁵² Sérgio Gischkow Pereira, **A Inflação Brasileira**, Vozes, 1987, p. 74.

⁵³ Paul Singer, **Curso de Introdução à Economia Política**, Forense, 11ª ed., 1987, p. 105-107.

⁵⁴ **A Luta contra a Usura**, cit., p. 64.

método sociológico ou do elemento político-social na interpretação, de que Holmes, Benjamin Cardozo e Roscoe Pound foram grandes expositores, os dois primeiros na Corte Suprema americana e o terceiro, na doutrina, especialmente na Filosofia do Direito.

Vale, Senhor Presidente, a invocação do elemento político-social na interpretação do § 3º do art. 192 da Constituição. O eminente advogado do autor da ação direta expôs da tribuna elementos políticos, sociológicos, que nós, juízes, sabemos que existem e que não podem ficar ao largo da questão quando o Supremo Tribunal, Corte Constitucional, profere um julgamento que tem muito de político, político, evidentemente, no exato sentido da palavra, no sentido grego do vocábulo.

Nós sabemos, Senhor Presidente, que as taxas de juros que estão sendo praticadas, hoje, no Brasil, são taxas que nenhum empresário é capaz de suportar. Nós sabemos que o fenômeno que se denomina, pitorescamente, de 'ciranda financeira', é que é a tônica, hoje, do mercado financeiro, engordando os lucros dos que emprestam dinheiro e empobrecendo a força do trabalho e do capital produtivo. Tudo isso eu devo considerar e considero, Senhor Presidente, quando sou chamado, como juiz da Corte Constitucional, a dizer o que é a Constituição. Também esses elementos, Senhor Presidente, levam-me, interpretando o § 3º do art. 192 da Constituição de 1988, a emprestar-lhe aplicabilidade imediata, eficácia plena.

Com essas considerações, peço vênua ao eminente Ministro Sydney Sanches, cujas opiniões temos o costume de respeitar, para divergir, aqui, de S. Exa.. E, divergindo, declaro a inconstitucionalidade do ato normativo objeto da ação.

Julgo, portanto, procedente a ação direta.”

Fui voto vencido no citado julgamento, repito. Devo, entretanto, respeitar e acolher o decidido pela Corte Suprema. Por isso, estou em que é necessário emprestar à norma inscrita no § 2º do art. 3º da Lei 8.078, de 1990 - “*inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*” - interpretação conforme a Constituição, para dela afastar a exegese que nela inclua a taxa dos juros das operações bancárias, ou sua

fixação em 12% ao ano, dado que essa questão diz respeito ao Sistema Financeiro Nacional - C.F., art. 192, § 3º - tendo o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 4-DF, decidido que o citado § 3º do art. 192, da Constituição Federal não é auto-aplicável, devendo ser observada a legislação anterior à C.F./88, até o advento da lei complementar referida no **caput** do mencionado art. 192, da Constituição Federal.

11. CONCLUSÃO

Ao fim e ao cabo, podemos formular as seguintes conclusões:

I. - A defesa do consumidor, na linha da expansão do fenômeno mundial do “consumerismo”, ganhou, no Brasil, com a C.F./88, **status** de princípio constitucional: C.F., art. 170, V, que encontra embasamento em diversos preceitos da C.F.: art. 5º, XXXII; art. 24, VIII; art. 150, § 5º; art. 175, parágrafo único, II; ADCT, art. 48.

II. - O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 1990, encontra fundamento na Constituição, regula ele um princípio constitucional - a defesa do consumidor - e foi editado por expressa determinação constitucional - ADCT, art. 48 - que fixou prazo ao legislador ordinário para a sua elaboração.

III. - Aplicabilidade do Cód. de Defesa do Consumidor às atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária: Cód. de Defesa do Consumidor, § 2º do art. 3º.

IV. - A C.F./88 recebeu a Lei 4.595, de 1964, como lei complementar, no que toca à organização, ao funcionamento e às atribuições do Banco Central e no que cuida ela do que está disposto no art. 192, incisos I a VIII e §§ do art. 192, C.F., vale dizer, no que diz respeito ao Sistema Financeiro Nacional, em termos institucionais.

V. - Juros reais de 12% ao ano: C.F., art. 192, § 3º; ADIn 4-DF: não auto-aplicabilidade da disposição inscrita no § 3º do art. 192, C.F. Questão que diz respeito ao Sistema Financeiro Nacional. Interpretação conforme à Constituição que se empresta à norma inscrita no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.078/90 - “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária” - para desta norma afastar a exegese que nela incluía a taxa dos juros das operações bancárias, ou sua fixação em 12% ao ano, dado que essa questão diz respeito ao Sistema Financeiro Nacional - C.F., art. 192, § 3º - tendo o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 4-DF, decidido que a norma do citado § 3º do art. 192, não é auto-aplicável, devendo ser observada a legislação anterior à C.F./88, até o advento da lei complementar referida no **caput** do mencionado art. 192, C.F. ♦

REPRESSÃO DA LAVAGEM DO DINHEIRO EM PORTUGAL

J. OLIVEIRA ASCENSÃO

Professor da Faculdade de Direito de Lisboa

II - INTRODUÇÃO

1. O CARÁCTER COMPLEMENTAR DA REPRESSÃO

O combate ao branqueamento de capitais – expressão mais empregada em Portugal que lavagem de dinheiro – é um meio complementar do combate a certas formas particularmente gravosas de criminalidade.

O branqueamento de capitais nunca é pois o crime que se pretende atingir primordialmente, mas um crime teleologicamente subordinado a outras finalidades.

Isso não cerceia porém a importância da figura. Desde logo, porque a repressão permite atingir a actividade criminosa num ponto particularmente sensível.

Se tomarmos o caso paradigmático do tráfico de estupefacientes, verificamos que são os “pequenos” que caem prevalentemente na rede. É uma guerra infundável e sem esperança, não porque esses pequenos em geral mereçam particular compaixão, mas porque são fungíveis. Os “grandes” ficam de fora.

Seguindo-se a pista do dinheiro pode chegar-se às cúpulas, conseguindo-se assim um flanco de ataque privilegiado.

2. O ENVENENAMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO

Mas o branqueamento de capitais é ainda um mal por si. O combate ao branqueamento de capitais é decisivo, porque previne o envenenamento de todo o sistema económico-financeiro.

Numa altura em que está à vista a vulnerabilidade dos políticos, mesmo perante quantias pequenas, a fome insaciável dos governos, esses men-

dicantes-ricos da era neo-liberal e o apetite dos partidos, por mais nobres que sejam as causas que geram esse apetite.

– os milhões da droga, que levam a potentados financeiros que ultrapassam muito os orçamentos de muitos países, trazem o espectro da subordinação geral de um país ao domínio de organizações criminosas e à sua corrupção.

E que esse espectro não é produto da fantasia ou privilégio do terceiro mundo, exemplos como o da Itália, em que a guerra contra a máfia está longe de ter sido ganha, atestam-no eloquentemente¹.

Por outro lado, justamente pelas grandes quantias implicadas, a repressão ao branqueamento de capitais conhece tergiversações.

E cria um ambiente de constante suspeita sobre tudo o que se faz e as razões por que se não faz neste domínio.

3. A LEI PORTUGUESA

A legislação portuguesa na matéria reflecte os movimentos internacionais.

Há a assinalar três etapas fundamentais.

I – Dec.-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro.

É o diploma geral sobre estupefacientes e substâncias psicotrópicas, emitido em consequência de autorização legislativa contida na Lei n.º 27/92, de 31 de agosto.

No art. 23, sob a epígrafe “conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos”, surge a incriminação do branqueamento de capitais². Era limitada aos bens provenientes das infracções previstas nos arts. 21 e 22, 24 e 25 daquele diploma – portanto, ao domínio da droga.

II – Dec.-Lei n.º 313/93, de 15 de setembro

É precedido da autorização legislativa n.º 16/93, de 3 de junho, e respeita à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais.

¹ Num relatório do Governador do Banco de Itália de 1983 observava-se que o crescimento dos balcões bancários na Sicília fora de 124,9%, contra uma média nacional de 63,9%: cfr. Piero Isgrò, “La crescita dei sportelli bancari in Sicilia”, em **Il diritto penale delle banche**, Giuffrè, 1985, coordenado por Carlo Paterniti.

² Nesta expressão abrange-se, como é habitual, não só o branqueamento de capitais propriamente ditos mas também o de outros bens provenientes da prática de crimes.

A infração que se tem em vista é, exclusivamente, a prevista no art. 23 do Dec.-Lei n.º 15/93 – branqueamento de capitais provenientes do tráfico da droga.

Estabelecem-se, nos arts. 8 e seguintes, deveres das entidades financeiras perante transacções suspeitas. Entre esses encontram-se o dever de informar a autoridade judiciária competente.

O ilícito derivado da infração destes preceitos é de *mera ordenação social*³. Estabelecem-se coimas, cuja aplicação compete ao Ministério das Finanças.

III – Dec.-Lei n.º 325/95, de 2 de dezembro

É emitido no seguimento da autorização legislativa contida na Lei n.º 32/95, de 18 de agosto.

Unifica (relativamente) esta matéria e generaliza-a em dois sentidos, um relativo ao crime e outro ao ilícito de mera ordenação social:

1) O branqueamento de capitais é estendido aos proventos originados por outros crimes, além dos relativos à droga.

2) Os deveres acessórios das entidades de abrigo estendem-se a outras entidades, além das financeiras.

Mas os diplomas anteriores não foram revogados. A articulação entre estes e a nova lei é complexa.

Podemos dizer que o sistema repressivo tem dois hemisférios, um relativo ao crime e outro ao ilícito de mera ordenação social.

1) No que respeita ao *crime*, o Dec.-Lei n.º 15/93 não é atingido, é até expressamente ressalvado.

O tipo do branqueamento relativo ao tráfico de droga, do art. 23, é praticamente reproduzido no art. 2/1 do novo diploma, com diferenças menores.

Não obstante, o regime complementar estabelecido pelos dois diplomas diverge. Cria-se assim a necessidade de distinguir constantemente a disciplina do branqueamento de capitais provenientes da droga da do branqueamento de capitais de proveniência diversa.

2) No que respeita ao *ilícito de mera ordenação social*, o novo diploma não só não revoga o Dec.-Lei n.º 313/93 como o considera vastamente subsidiário. Há uma articulação mais perfeita.

³ Portanto é ilícito administrativo, correspondente à *Ordnungswidrigkeiten* alemãs.

Mesmo assim não deixa de haver divergências. Não só a entidade supervisora é agora o “Ministro do Comércio e Turismo”, como o regime concreto a seguir estabelecido diverge em mais de um ponto. A tarefa de conciliação torna-se assim delicada.

A cobertura legal desta matéria parece assim corresponder mais a impulsos díspares que a um pensamento unitário.

Ao estudar a seguir a reacção criminal ao branqueamento de capitais abrangeremos, quer a reacção criminal propriamente dita, quer a relativa ao ilícito de mera ordenação social.

4. CARÁCTER COMPLEMENTAR DOS TIPOS

O branqueamento de capitais tem carácter complementar em relação a outros tipos criminais. Esta afirmação é também válida para o ilícito de mera ordenação social, pois ele é justificado sempre pela existência de indícios de um crime desta ordem⁴.

A acessoriedade em relação a um crime, a que a previsão está teleologicamente subordinada, torna-se expressa nos arts. 2/2 e 3 do Dec.-Lei n.º 325/95, em que se refere expressamente a “*infracção principal*”.

Portanto, a criminalização é *também* instrumental em relação a outras infracções, que se pretendem combater. Há aqui algo de semelhante à criminalização de crimes de perigo ou à incriminação de fases anteriores do *iter criminis*, quando é a defesa em relação ao crime definitivo que as justifica essencialmente. A diferença está que neste caso o facto incriminado não se situa antes, mas sim após consumada a infracção.

Na construção deste nexo de complementariedade observa-se um movimento de *internacionalização*. Poderia reprimir-se unicamente o branqueamento de capitais provenientes de factos delituosos praticados no território nacional. Mas isso seria desconhecer o carácter internacional da criminalidade em causa, que potencia a sua perigosidade.

Por isso, o art. 2/3 do Dec. Lei n.º 325/95 abrange expressamente os casos em que os factos que integram a infracção principal tenham sido praticados fora do território nacional. Já ia neste sentido o art. 23/3 do Dec.-Lei n.º 15/93.

⁴ O art. 10 do Dec.-Lei n.º 313/93 remete ainda para o próprio art. 23 (branqueamento de capitais) como um dos crimes que poderiam estar na origem das obrigações que estabelece.

Não encontramos regra análoga no respeitante ao ilícito de mera ordenação social. Mas devemos chegar à análoga conclusão, porque a subsidiariedade desta se estabelece directamente em relação ao crime de branqueamento de capitais, que é o que está sob suspeita, e esta se verifica mesmo que a infracção principal tenha sido praticada fora do território nacional.

A repressão das actividades configuradas como ilícito de mera ordenação social não suscita grandes dificuldades de justificação. Mas já pode haver restrições ao próprio tipo criminal de branqueamento de capitais.

Considerar-se-á que o Direito Penal é um domínio por demais delicado para que se admita a criminalização de condutas apenas porque complementares de outras condutas criminosas. O fundamento ético da incriminação ficaria neste caso perdido.

Mas não é assim, porque as condutas reprimidas têm significado suficiente para justificar a repressão penal. E a defesa contra o “envenenamento da vida financeira” dá por si base substancial.

Não parece que a indispensabilidade deste meio de defesa social possa ser seriamente contestada. E o sentido ético dos tipos não é menor que dos tipos de favorecimento pessoal e de receptação, de que por muitos aspectos se aproximam, e cuja justificação não é questionada.

O problema está em legislar com a determinação que a gravidade da situação impõe e com a consciência do recurso aos meios excepcionais justificados, sem perder o sentido do equilíbrio e o amparo dos princípios gerais.

Se assim se fez ou não, só se pode concluir através da análise do regime instituído.

Passemos por isso à análise do crime de branqueamento de capitais, a que se seguirá a do ilícito de mera ordenação social instituído.

II - O CRIME DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS

5. O TIPO E A INFRACÇÃO PRINCIPAL

Como dissemos, o crime de branqueamento de capitais pressupõe uma “infracção principal”.

Essa infracção principal era, nos termos do Dec.-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, o tráfico de estupefacientes e precursores.

Manifestou-se entretanto orientação internacional no sentido de entender a incriminação ao branqueamento de capitais com origem noutras actividades criminosas⁵.

Nessa sequência, o Dec.-Lei n.º 325/95, de 2 de dezembro, além de ressaltar o estabelecido quanto a bens provenientes do tráfico de drogas e percursores (art. 1.º), determina: “Quem, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática, sob qualquer forma de participação, de crimes de terrorismo, tráfico de armas, extorsão de fundos, rapto, lenocínio, corrupção e das demais infracções referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro...”.

Este último preceito enumera os seguintes crimes:

- a) Corrupção, peculato e participação econômica em negócio;
- b) Administração danosa em unidade econômica do sector público;
- c) Fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito;
- d) Infracções econômico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática;
- e) Infracções econômico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional”.

Aparentemente, haveria aqui um grande progresso, com a amplitude que a lei deu, indirectamente, ao crime de branqueamento de capitais.

Mas a realidade não é conforme à aparência.

O crime de branqueamento de capitais supõe uma situação excepcional, à qual seja necessário reagir com meios excepcionais também.

Alargar o círculo, de maneira a fazer abranger crimes que não têm já nada que ver com a preocupação que está na origem da incriminação é confundir tudo, admitir reacções desproporcionadas e pôr em causa os resultados que se pretendiam atingir.

Quando se incluem tipos como a “fraude na obtenção de subsídio”, por exemplo, que são infracções de todo alheias à problemática financeira que está na base do branqueamento de capitais, o sistema repressivo perde sentido.

E mais: vai permitir desvios, debaixo de um zelo aparente e de fácil boa consciência.

⁵ Assim, a definição de “actividade criminosa” do art. 1.º da Directiva n.º 91/300/CEE, de 10 de junho (entretanto transporta para o direito português), abrangia “qualquer outra actividade definida como tal para efeitos da presente directiva por cada Estado-membro”.

Tenho observado, com uma boa dose de pessimismo, que o sistema repressivo tende a deslocar-se dos culpados para os inocentes. Neste caso, em vez da tarefa, tão perigosa, de pesquisar grandes potentados financeiros, a lei permite que se investiguem factos domésticos de cada um, criando a insegurança generalizada e a dependência dos órgãos repressores.

O empolamento dos objectivos é um meio seguro de os não atingir. Assim nunca se chegará às grandes pistas.

A lista das infracções principais deve ser revista. Terá de se limitar às que criam a necessidade de reciclar dinheiro sujo. Só elas justificam que meios como o levantamento do segredo bancário pelas próprias instituições financeiras sejam utilizados.

Mas o relacionamento com a infracção principal suscita ainda outros problemas complexos.

A punição por branqueamento de capitais está dependente da punição pela infracção principal?

Afirmou-o Faria Costa, considerando que em termos doutrinários só se verifica uma infracção depois de estabelecidos judicialmente os juízos de ilicitude e de culpabilidade. E reforça com o aceno à regra de que a punição por branqueamento de capitais não excederá a aplicável às correspondentes infracções principais⁶.

Mas a lei exige apenas o conhecimento da prática da infracção principal, e não a sua punição. Pode mesmo acontecer que a infracção tenha sido realizada no estrangeiro; ou até em país que não reprima efectivamente o branqueamento de capitais.

Daqui resulta que o que interessa é apenas a prova da prática do facto correspondente à infracção principal, e não a condenação por ela. E interessará o acto ilícito, mas não a culpabilidade, que respeita exclusivamente ao agente.

O facto de a punição não poder exceder “os limites máximo e mínimo previstos para as correspondentes infracções principais” (art. 2/2 do Dec.-Lei n.º 325/95) é hoje elucidativo no sentido de que o que interessa é uma pena aplicável ou penalidade, e não a pena que eventualmente tenha sido aplicada.

Esta interpretação salva praticamente a lei e sua intencionalidade de internacionalização. Doutro modo qualquer reacção ficaria dependente da

⁶ Lug. cit., 678-679.

notícia de uma eventual punição realizada no exterior, ou até da eficácia da repressão à infração principal conseguida no país.

6. RELACIONAMENTO COM A CRIMINALIDADE ALTAMENTE ORGANIZADA

Há que perguntar qual o relacionamento desta matéria com a da “criminalidade altamente organizada”.

Este conceito tem progressivamente ocupado um plano importante na Política Criminal. E passou já para a lei interna, embora a sua maior relevância se verifique no domínio processual penal. Assim, o art. 1/2 do Código de Processo Penal dá a noção de “criminalidade violenta ou altamente organizada”; dela se fazem aplicações nos arts. 143, 174 e 187.

É seguro que o branqueamento de capitais se situa numa zona de confluência com a da criminalidade altamente organizada. As máfias, as tríades, os clãs da droga, as associações terroristas, tudo isto e muito mais está paredes-meias com o branqueamento de capitais.

Há porém que negar que qualquer forma de organização, mesmo qualquer forma de associação criminosa, tenha sido elevada a elemento típico deste crime.

Tal como os arts. 23 do Dec.-Lei n.º 15/93 e 2 do Dec.-Lei n.º 325/95 o descrevem, o crime pode ser praticado por agente individual. Basta que, por qualquer forma, este esteja em contacto com os bens e conheça a sua proveniência criminosa.

O proêmio do art. 2/1 do Dec.-Lei n.º 325/95 incrimina a actividade “sob qualquer forma de comparticipação”. Mas isto não tem que ver com um crime plurissubjectivo. A comparticipação é referida ao crime principal: os capitais provêm de esse crime, qualquer que tenha sido a forma de comparticipação que tenha havido nele. É uma referência generalizadora, destinada a impedir a escapatória de qualquer participante. Nada tem que ver com a autoria do crime de branqueamento de capitais⁷.

Diríamos assim que a criminalidade altamente organizada não pode deixar de ter estado na mente do legislador, num momento pré-legislativo.

⁷ O art. 28 do Dec.-Lei n.º 15/93 prevê as “associações criminosas” no domínio da droga. Mas são referidas à prática dos crimes dos arts. 20 e 21. Não à do crime de branqueamento de capitais, que consta do art. 23.

Mas não passou para a *ratio* do preceito. Este funciona igualmente, haja ou não associação criminosa.

7. OS TIPOS PENAIIS

Prossigamos com a análise do tipo objectivo.

Este tipo é complexo. A lei portuguesa seguiu demasiado servilmente o elenco de operações que constituiriam branqueamento de capitais segundo a directriz (art. 1.º).

Podemos distinguir três figuras, que enunciámos sumariamente:

- a conversão de bens ou produtos
- a ocultação desses bens ou produtos
- a recepção desses bens ou produtos.

Verdadeiramente, o tipo de branqueamento de capitais é o primeiro. Será ele que nos ocupará em especial. Os restantes serão agora objecto de referências mais breves.

I. – Ocultação de bens ou produtos

O art. 2/1 *b* do Dec.-Lei n.º 325/95 prevê a actividade de quem, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática de um crime, ocultar ou dissimular a sua verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação, propriedade ou direitos a eles relativos.

A pena cominada é a de prisão de 2 a 10 anos.

Não se prevê uma intenção de aproveitamento, mas a ocultação ou dissimulação implica um favorecimento do agente: por isso se fala em favorecimento real ou encobrimento real⁸. Mas enquanto a pena do *favorecimento pessoal* é a de prisão até 3 anos ou multa (art. 367/1 C.P.), aqui é *a de prisão de 2 a 10 anos*, o que é *desproporcionado*.

II. – Recepção dos bens ou produtos

Com a mesma referência subjectiva ao conhecimento da origem criminosa, quem “adquirir ou receber tais bens ou produtos a qualquer título, os utilizar, detiver ou conservar, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos” (art. 2/1 *c*).

⁸ Rodrigo Santiago, ob. cit., 552.

Aqui aproximamo-nos muito do tipo de receptação do art. 231 C.P. Não se refere à intenção de obter vantagem patrimonial, mas esse aparente alargamento é pouco relevante, porque o fim de aproveitamento parece estar implícito.

Há porém uma surpreendente benevolência na penalidade. O art. 231/1 do Código Penal prevê a prisão de até 5 anos ou multa. O n.º 4 manda mesmo punir com prisão de 1 a 8 anos quem fizer da receptação modo de vida. A previsão do Dec.-Lei n.º 325/95 é assim praticamente inócua.

Confrontando esta suavidade com o brutal agravamento da al. *b*, devemos concluir que o legislador mostra muito pouca coerência. É incompreensível que à receptação, em que há um fim de aproveitamento, corresponda metade da pena da simples ocultação.

8. O TIPO BÁSICO DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS

O tipo básico a que nos vamos dedicar é, como dissemos, o do art. 2 *a* do Dec.-Lei n.º 325/95, que dispõe que quem “converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência desses bens ou produtos, no todo ou em parte, directa ou indirectamente, com o fim de ocultar ou dissimular a sua origem ilícita ou de ajudar uma pessoa implicada na prática de qualquer dessas infracções a eximir-se às consequências jurídicas dos seus actos, é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos”.

Estão pois compreendidas todas as operações que permitam que o dinheiro ou outros produtos venham a ser reciclados como bens limpos. Mas acrescenta-se um elemento subjectivo da ilicitude. Não basta assim o conhecimento da origem criminosa, é ainda necessário aquele fim específico do agente.

O tipo subjectivo será estudado posteriormente. Mas a referência ao “fim de ajudar” um implicado a subtrair-se à acção da justiça aproxima-nos do favorecimento pessoal, regulado nos arts. 367 e 368 do Código Penal.

Porém, a diferença de penalidades é muito grande. Enquanto em geral se prevê a pena de prisão até 3 anos e multa, no presente diploma a pena sobe de 4 a 12 anos de prisão.

Esta desproporção de penas é de certo modo mitigada pelo correctivo do art. 1/2 do Dec.-Lei n.º 325/95: a punição por estes crimes não deve exceder os limites mínimo e máximo previstos para as correspondentes infracções principais.

De todo o modo, este tipo não pode ser reduzido a uma modalidade de favorecimento pessoal. E isto porque é paralelamente previsto o “fim de ocultar ou dissimular a sua origem ilícita”. O que quer dizer que pode não haver o fim de favorecer o agente.

Na medida em que corresponde a um favorecimento pessoal, o branqueamento de capitais tem um agente que é necessariamente diferente do agente da infracção principal.

Porém, quando o fim é o de “ocultar ou dissimular a origem ilícita”, pode o agente ser simultaneamente o agente da infracção principal?⁹

A ser assim, haveria concurso real de infracções.

Mas isso traria uma excepção às regras gerais. Normalmente, o aproveitamento do produto de uma infracção patrimonial é consumido pela punição da própria infracção. Quem furta um peru, não recebe condenação específica por o ter comido.

O art. 2 *a* do Dec.-Lei n.º 325/95 autonomizará o aproveitamento como novo crime?

Supomos que não.

O sentido do branqueamento de capitais não é o de atingir o agente da infracção principal. A situação deste foi já considerada com a penalização desta infracção.

Quem se pretende atingir agora são outras pessoas que estejam na rota do dinheiro. Ao mesmo tempo propicia-se que se chegue ao agente da infracção principal.

Somos assim de parecer que o agente da infracção principal nunca responde simultaneamente por esta e pelo branqueamento de capitais. Se for detectado, o branqueamento que realizou representa um facto posterior não punível.

9. O TIPO SUBJECTIVO

O relatório GAFI, II B 6, prevê que sejam reprimidas pelo menos as actividades intencionais de branqueamento de capitais, “ficando entendido que o elemento intencional poderá ser inferido de circunstâncias fácticas objectivas”. Mas anota que alguns Estados aceitariam aplicar sanções penais ao branqueamento cometido por negligência.

9 Pronuncia-se expressamente no sentido afirmativo Rodrigo Santiago, ob. cit., 5.2.2.

A lei portuguesa não prevê a negligência. Segue mesmo o caminho de tudo subordinar a um elemento de conhecimento: “sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática, sob qualquer forma de participação, ...”.

Aproximando esta figura da receptação, vemos uma diferença em relação ao estatuído no art. 231/2 do Código Penal. Aí, pune-se “quem, sem previamente se ter assegurado da sua legítima proveniência..., receba coisa em condições de fazer razoavelmente suspeitar que provém de facto ilícito típico contra o património...”. Aqui estabelece-se um regime mais restritivo. É muito difícil entender por que deve o branqueamento de capitais ser previsto *mais restritivamente que a mera receptação*, quando a relevância social daquele é muito maior.

A problemática do significado, para o dolo, do conhecimento de circunstâncias que concorrem no ofendido ou no facto é antiga. Na falta de previsão especial, tende-se hoje a remeter esta matéria para o *dolo eventual*, o que aliás não é isento de objecções. Assim, no caso do crime de estupro, dir-se-á que, se o agente versa em dúvida sobre a idade da ofendida e não obstante não desiste do acto, pode configurar-se dolo eventual, verificando-se os restantes pressupostos.

Mas no caso presente o “sabendo” do art. 2/1 do Dec.-Lei n.º 325/95 parece excluir esta via, pois conterà uma exigência positiva de conhecimento¹⁰. Ao exigir o conhecimento efectivo exclui a relevância do estado de dúvida, afastando-se assim da situação normal.

A ser assim, a lei portuguesa reveste-se de fragilidade.

A exclusão da negligência ainda se compreende, pela preocupação de dar certeza ao funcionamento do sistema financeiro.

Mas a exigência de que o agente tenha conhecimento da infracção principal esvazia o sistema. Não só é um elemento quase impossível de demonstrar como deixa de fora todos os casos em que o agente tenha tido o cuidado de nada perguntar, quando lhe apresentam um baú de dólares para reciclar.

Mais ainda: a lei exige o conhecimento do crime concreto de que provêm os capitais. Se alguém, abordado por bando criminoso conhecido, branqueia dinheiro que não sabe se é proveniente de extorsão ou de rapto,

¹⁰ Exclui radicalmente a possibilidade de dolo eventual Faria Costa, El blanqueo de capitales, em “Hacia um Derecho Penal Economico Europeu”, **Boletín Oficial del Estado** (Madrid), 1995, 655 e segs..

pareceria que não será atingido, pois falta o conhecimento positivo da infracção principal.

Esta indulgência legal é suspeita. Põe em causa todo o complexo sistema elaborado, subordinando-o a factores casuais.

Para além desta exigência geral de conhecimento, há no tipo concretamente em causa um elemento subjectivo da ilicitude, sob a forma de dolo específico¹¹.

É necessário que a conversão tenha sido feita, como vimos, “com o fim de ocultar ou dissimular a sua origem ilícita ou de ajudar uma pessoa implicada na prática de qualquer destas infracções a eximir-se às consequências jurídicas dos seus actos”.

Que acrescentarão ao tipo estes elementos?

Se alguém converte dinheiro que sabe proveniente de um dos crimes especificados por lei, sem ter a intenção de favorecer, não procedeu ilicitamente?

Dir-se-ia que sim, e que o dolo específico poderá ser uma circunstância, mas não um elemento do tipo.

Se o não fez para favorecer, que acrescenta o fim de ocultar ou dissimular a origem ilícita?

Porventura não bastaria prever que o agente conhecesse a origem ilícita e voluntariamente convertesse?

Afigura-se que sim, e que esta especificação de um dolo específico não tem sentido. Se o agente não soubesse que era proibido converter (reciclar) dinheiro sujo, o problema seria de falta de consciência da ilicitude.

A nossa impressão é a de que o tipo subjectivo está delineado de maneira que abre vastos e injustificados alçapões na aplicação da lei.

10. A PERDA DOS RESULTADOS DO CRIME

A Convenção de Viena e o relatório GAFI prevêem medidas provisórias e de confisco que recaem sobre os resultados do crime, destinadas a reduzir o atractivo do branqueamento de capitais¹².

¹¹ Rodrigo Santiago, *lug. cit.*, 5.4.2, considerando a previsão do art. 23/1 a do Dec.-Lei n.º 15/93, em que se fala do fim de ocultar ou dissimular, afirma que a referência ao “fim” é compatível, não só com o dolo directo, como ainda com o dolo necessário e o dolo eventual. Na realidade, a ocorrência de dolo eventual sofre a limitação que acabamos de acentuar, provinda da exigência positiva de conhecimento.

¹² Cfr. o Relatório GAFI *cit.*, III B 2.

A legislação portuguesa sobre branqueamento de capitais sofre da assimetria atrás assinalada.

O Dec.-Lei n.º 15/93 prevê nos arts. 35 a 39 a perda de objectos e benefícios.

Mas estes preceitos não encontram correspondente no Dec.-Lei n.º 325/95. O que significa que em todos os casos de branqueamento de capitais, que não sejam os provenientes do tráfico de droga, se aplicam os princípios gerais dos arts. 111 e 112 do Código Penal.

Inversamente, o Dec.-Lei n.º 325/95 contém no art. 17 uma previsão especial sobre a defesa de direitos de terceiros de boa-fé. Já para o tráfico de drogas não há previsão correspondente, pelo que se aplicam os princípios gerais, nomeadamente o art. 110 do Código Penal.

Estas assimetrias são lamentáveis, traduzindo a falta de unidade do sistema português.

No que respeita ao branqueamento de capitais provenientes do tráfico de drogas, a especialidade trazida não é afinal tão intensa como se poderia supor. Os arts. 36 a 39, que são os que interessam, apenas esclarecem alguns aspectos, como a inclusão de “móveis, imóveis, aeronaves, barcos, veículos, depósitos bancários ou de valores ou quaisquer outros bens de fortuna” (art. 36/5). Por outro lado, disciplina-se o destino dos bens declarados perdidos a favor do Estado (art. 39).

Há porém uma deficiência muito mais grave.

Os bens perdidos são os resultantes de infracção consistente no tráfico de droga.

Nunca se declararam por si perdidos os bens objecto da operação ou tentativa de operação de branqueamento de capitais.

Mas era necessário fazê-lo, pois doutro modo os resultados atingidos são muito duvidosos.

Já vimos atrás as dificuldades que se suscitam na conjugação com a infracção principal (*supra*, n.º 5).

Se não há uma disciplina especial de perda dos bens ou produtos objecto de tentativa de branqueamento, a perda dos objectos só poderia ser efeito da condenação pela infracção principal – que é meramente eventual.

O único caminho alternativo seria o de considerar esses produtos o próprio objecto do crime de branqueamento de capitais.

Mas então encontrar-se-ia uma dificuldade particular, justamente no branqueamento de capitais proveniente do tráfico de droga.

O art. 35 do Dec.-Lei n.º 15/93 prevê a perda dos objectos relacionados com a infracção prevista naquele diploma.

Porém, afastando-se do regime geral ao tempo vigente, só a determina “quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas ou a ordem pública, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos” (art. 35/1).

É um regime claramente desadaptado à realidade que se tem em vista.

A perda dos benefícios ou produtos do crime deveria poder ser decretada perante prova suficiente da sua proveniência delituosa, não se exigindo uma condenação penal¹³.

III. - O ILÍCITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL

11. OS DEVERES DE ENTIDADES PERANTE AS QUAIS SE PROCEDE À RECICLAGEM DOS CAPITAIS

A outra parte do sistema é representada pelos deveres impostos a entidades financeiras e não-financeiras, perante as quais pode ser realizado o branqueamento de capitais, e pelo corpo de contra-ordenações correspondentes.

Estabelecem-se vários deveres, respeitantes nomeadamente à identificação de clientes e à conservação de documentação, que nos não cabe examinar em particular.

Como dissemos, neste domínio a legislação especial sobre droga (Dec.-Lei n.º 313/93, de 15 de dezembro) é declarada subsidiariamente aplicável “à responsabilização individual e colectiva pelas infracções previstas no presente capítulo”, com as necessárias adaptações – ou seja, o regime da responsabilização dessas entidades pelo branqueamento de capitais provenientes da droga é o regime subsidiário.

Esta remissão em matéria de responsabilização é ainda reforçada pela remissão especial do art. 9/2 do Dec.-Lei n.º 325/95, relativo à importante matéria da prestação de informações e da isenção de responsabilidade em consequência destas. Remete-se para o disposto no art. 10/3 e 4 e no art. 13 do Dec.-Lei n.º 313/93.

¹³ Sobre a equação do problema na Alemanha, cfr. Fulbier/Aepfelbach, **Das Geldwäschegesetz**, 3.ª ed., Kommunikationsforum (Colónia), 1995, 19-29.

A matéria do segredo profissional foi considerada essencial neste domínio.

O Relatório GAFI prevê que as regras sobre o segredo profissional das instituições financeiras sejam concebidas de maneira a não entravar a aplicação das recomendações do grupo¹⁴.

A Directriz n.º 91/108/CEE, nos arts. 5 a 10, regula pormenorizadamente o dever de informação. Esse dever é acolhido com certa amplitude na lei portuguesa.

Podemos dizer que o objectivo do combate ao branqueamento de capitais prevalece sempre sobre o segredo profissional, nomeadamente o segredo bancário.

Poderia este segredo apenas ser ultrapassado, por exemplo, por ordem judicial.

Mas vai-se muito mais longe, pois se prevê que as entidades devem fornecer, por sua iniciativa, informações sobre transacções suspeitas. Fala-se repetidamente na “comunicação à entidade judiciária competente de operações que, pelos valores envolvidos ou pela sua repetição, pela situação económico-financeira dos intervenientes, ou pelos meios de pagamento utilizados, façam suspeitar da prática de actividades de branqueamento de capitais” (art. 6/1 *d* do Dec.-Lei n.º 325/95, por exemplo).

As entidades financeiras não podem comunicar a informação ao cliente ou a terceiros (arts. 10/3 do Dec.-Lei n.º 313/93 e 9/2 do Dec.-Lei n.º 325/95). Há assim uma prevalência do combate ao branqueamento de capitais sobre a própria relação de lealdade que deve ligar o banco e o seu cliente.

E há uma exclusão de responsabilidade, constante dos arts. 13 do Dec.-Lei n.º 313/93 e 9/2 do Dec.-Lei n.º 325/95. Dispõe o primeiro: “As informações prestadas de boa fé, nos termos dos artigos 10, 11 e 12, não constituem violação de qualquer dever de segredo, nem implicam, para quem as preste, responsabilidade de qualquer tipo”.

Este preceito é rigorosamente inútil. É claro que o cumprimento de um dever legal não pode implicar a violação de um dever; e que se não há ilícito não pode haver responsabilidade. Mas o preceito corresponde à farfalhada legislação comunitária: consta do art. 9 da Directriz e foi subservientemente incluído na lei interna.

¹⁴ Relatório cit., III A.

De toda a maneira, não há hoje qualquer tipo de segredo profissional que prevaleça sobre o combate ao branqueamento de capitais; pelo contrário, são as preocupações desta ordem que prevalecem sempre. O que parece correcto, desde que a fundamentação nos indícios de uma actividade criminosa seja atentamente mantida.

Mas há uma restrição, constante dos arts. 10/3 do Dec.-Lei n.º 313/93 e 9/2 do Dec.-Lei n.º 325/95: estas informações só podem ser utilizadas para investigação e punição dos crimes tipificados por lei. É bom que esta restrição seja também seriamente observada, pois doutra maneira abre-se uma porta fácil à devassa ilimitada dos movimentos de cada um, sem causa bastante.

12. O SISTEMA DAS CONTRA-ORDENAÇÕES

O ilícito resultante da violação dos deveres impostos a estas “entidades de abrigo” dos capitais sujos é configurado como ilícito de mera ordenação social.

A opção é certa, uma vez que não há aqui a densidade ética que justifique a reacção criminal.

A negligência é punida¹⁵, o que parece igualmente certo.

A determinação dos responsáveis é realizada pelos arts. 17 e seguintes do Dec.-Lei n.º 313/93, para que remete o art. 14 do Dec.-Lei n.º 325/95.

A responsabilização abrange, quer as próprias entidades (financeiras ou não), bem como as pessoas singulares que sejam órgãos, agentes, representantes e até, em certos casos, meros empregados dessas entidades (art. 17). A responsabilidade das entidades não exclui a dos agentes individuais (art. 19) e a destes não exclui a responsabilização das entidades (art. 18). Mas parece haver aqui sobretudo uma repetição do que representa o regime geral do ilícito de mera ordenação social (Dec.-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro).

Em todo o caso, a responsabilização da entidade esclarece pelo menos o entendimento do art. 7/2 daquele diploma, ao estabelecer a responsabilidade das pessoas colectivas e equiparadas. O texto poderia ser interpretado no sentido de que haveria uma mera responsabilidade patrimonial, pelo pagamento da coima, por exemplo. Mas essa responsabilidade consta já do art. 29 do Dec.-Lei n.º 313/93. À previsão do art. 18 do mesmo diploma, da

¹⁵ Art. 22 do Dec.-Lei n.º 313/93 e arts. 12 a 14 do Dec.-Lei 325/95.

responsabilidade das entidades por actos praticados pelos seus membros, deve ser atribuído um sentido mais amplo, que leva no caminho de uma verdadeira responsabilidade contra-ordenacional das pessoas colectivas.

O art. 27 prevê ainda sanções acessórias. Essas são particularmente dirigidas às pessoas singulares: seja o caso da inibição do exercício de cargos sociais e de chefia.

13. APRECIÇÃO DO SISTEMA INSTITUÍDO

Que valoração nos merece este sistema?

Não parece que o seu êxito esteja assegurado.

Por estatística que nos foi gentilmente fornecida, de 1993 até hoje ocorreram os seguintes casos de comunicação de suspeita de branqueamento de capitais à Procuradoria-Geral da República:

1993	3
1994	24
1995	31
1996	38
1997	41 ¹⁶
Total	137

O número em si seria razoável, porque grandes movimentos anômalos não são freqüentes. Porém, a grande maioria das participações são manifestamente irrelevantes. E são muito escassos os processos judiciais no final resultantes.

Há que contar com uma grande resistência das instituições, que só têm aparentemente a perder se os capitais forem retirados do seu âmbito.

A própria deficiente tipificação do crime de branqueamento de capitais se irá reflectir sobre estes deveres de informação, pois as “fundadas suspeitas” de um crime de branqueamento de capitais esmorecem se o crime é definido em termos de rara ocorrência.

Surge assim o receio de que o instituto seja desviado da sua função, aplicando-se a objectivos outros, e perdendo de vista aqueles que o comandaram.

¹⁶ Até hoje.

Para além disso, parece haver nesta tipificação uma deficiência grave. Dissemos já que também o ilícito de mera ordenação social é colocado *na dependência da suspeita de uma infracção principal* (supra, n.º 4). Mesmo quando a lei se basta com a suspeita de um crime de branqueamento de capitais remete indirectamente para uma daquelas infracções, porque só subordinadamente a estas há branqueamento da capitais.

Esta subordinação de informação da entidade a uma infracção principal não resulta da directriz (cfr. o art. 6 desta) e não tem nenhum sentido.

O dever das entidades não pode estar ligado a um dever de denunciar crimes ou a indícios destes.

Deve estar ligado simplesmente à anomalia das circunstâncias. As entidades comunicam circunstâncias que, pela sua anomalia, possam estar ligadas a um branqueamento de capitais. Às autoridades policiais cabe verificar se há ligação com algum dos crimes previstos por lei.

Esta divisão de funções restituiria clareza ao sistema, e contribuiria para lhe atribuir uma eficácia que não possui.

14. ENTIDADES INTEGRADAS NA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Há um ponto que merece ainda uma consideração particular.

Podem surgir sociedades integradas na própria organização criminosa. São instrumentalizadas para a função de branqueamento de capitais. Podem ser sociedades fantasmas, como sociedades *off-shore* que se limitam a justificar o circuito dos capitais; mas podem ser também sociedades efectivamente actuantes, mas que são utilizadas como escala na lavagem do dinheiro.

Como ponto de escala, parece não lhes poder ser imputado o próprio branqueamento de capitais. Não podem ser agentes do crime¹⁷.

E no que respeita ao ilícito de mera ordenação social? Seguramente que o praticam. O problema está em saber se a sanção contra-ordenacional é nesses casos suficiente.

Não há porém na legislação portuguesa nada que permita reagir contra uma entidade que tenha uma posição activa e não apenas passiva na cadeira criminosa.

¹⁷ O Relatório do GAFI, III B 1, recomenda, na medida do possível, a responsabilidade penal das próprias sociedades. Mas esta previsão não teve seguimento na demarcação do tipo de branqueamento de capitais na lei portuguesa.

O art. 28 do Dec.-Lei n.º 15/93 (em matéria de droga, portanto) prevê um crime de associações criminosas. Mas é para o caso de se visar a prática do tráfico: não se abrange o branqueamento por si.

O nosso objectivo é apurar em que termos estas entidades podem ser combatidas através da própria disciplina das contra-ordenações.

O problema é grave, porque deveria haver maneira de reagir contra estas peças de um xadrez mais vasto, permitindo a aplicação de medidas como a suspensão de actividade e a dissolução.

O Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, sobre infracções contra a economia e contra a saúde pública, prevê no art. 7/1 a aplicação às pessoas colectivas das penas de:

- admoestação
- multa
- dissolução.

Não prevê a suspensão, infelizmente.

Mas este preceito não é aqui aplicável, porque se trata de contra-ordenação e está fora do âmbito de aplicação daquele diploma.

Parece assim que nem a possibilidade de responsabilizar contra-ordenacionalmente as próprias pessoas colectivas e equiparadas, a que chegámos no número anterior, permite uma reacção adequada contra estas entidades de especial perigosidade.

Do sistema jurídico em geral resultam providências dispersas, como o encerramento de estabelecimento sujeito a licença em caso de prática de contra-ordenação (art. 21 *f* do Dec.-Lei n.º 433/82), mas não meios de defesa sistemática contra estas entidades.

15. A PESSOA JURÍDICA OU COLECTIVA COMO AGENTE DO CRIME

Supomos que deveria ser considerada criminoso a conduta da própria pessoa colectiva que sistematicamente se dedica ao branqueamento de capitais.

E que em consequência deveriam ser previstas penas adequadas à situação, como a dissolução ou a suspensão de actividade.

Isto significa que recorreríamos aqui à figura de pessoa colectiva como sujeito passivo de crime.

Consideramo-la em geral uma figura errada e dispensável. Mas está consagrada, e enquanto estiver é um instrumento a que há que recorrer.

A pessoa colectiva é ontologicamente incapaz de crime. Para admitirmos esta incriminação temos de supor um análogo da acção, que se construiria com a vontade imputada à pessoa colectiva.

O ponto de maior gravidade encontra-se na culpa. É inadmissível construir tão aprofundadamente uma culpa finamente recortada, que funciona como limite substancial à pena (art. 40/2 do Código Penal) e afinal bastar-se, no que respeita aos crimes das pessoas colectivas, com a mera imputação formal dos actos dos seus órgãos ou agentes.

Se a lei impõe que recorramos à culpa, temos de procurar aqui também um *análogo*.

Esse análogo não está na mera imputação de vontades, com que se bastará o Direito Civil. É impossível encontrar uma culpa da pessoa colectiva logo que houver facto delituoso de um seu membro.

Concretizemos. Se há um acto de branqueamento de que é responsável um administrador duma sociedade, o acto é imputável civilmente à pessoa colectiva. Mas não lhe será criminalmente imputado, enquanto o acto for um acto pessoal desse administrador, que se não estenda aos restantes.

Para haver *culpa* da sociedade será necessário que ao órgão, em si, seja imputável aquele facto. A culpa da pessoa colectiva aproxima-se assim mais da visão social da culpa do que da visão civilística da imputação orgânica: porque a visão social distingue quando o culpado é uma pessoa determinada, e quando a culpa é da sociedade.

Com esta correcção, a figura do crime da pessoa colectiva branqueadora de capitais é operacional. Porque na realidade só interessa atingir estas situações quando há uma entidade profissionalmente dedicada ao branqueamento de capitais. Se a actuação se limita a pessoas determinadas, os meios gerais são suficientes.

Diríamos assim que o sistema de defesa contra o branqueamento de capitais deveria ser completado com uma incriminação das entidades colectivas que procedam sistematicamente a essa actividade. ◆

Reformas Processuais e Poderes do Juiz*

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA
PROFESSOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ
DESEMBARGADOR (APOSENTADO) DO TJ/RJ

1. Uma das coordenadas que definem qualquer sistema judicial é a posição do juiz na dinâmica do processo. Não é concebível, à evidência, que se negue todo relevo ao órgão da jurisdição; mas pode variar, e de fato tem variado, a medida de sua importância. Ordenamentos há em que o personagem confiado ao juiz é, claramente, o protagonista; noutros lhe sobressai menos a atuação. Bem se compreende que, de uma a outra ponta do espectro, se sucedam inúmeros graus intermediários.

A linguagem doutrinária criou expressões, que se tornaram tradicionais, para indicar o nível dessa dosagem. Costuma-se aludir a “processo inquisitivo” para designar o modelo em que se atribui ao órgão judicial maior soma de poderes, e a “processo dispositivo” para indicar aquele em que se lhe impõem limitações mais acentuadas, reservando às partes, na substância, o papel principal.

Tais denominações são bastante equívocas. Com efeito: em primeiro lugar, na faixa contínua que liga os extremos, tem sempre algo de arbitrário o traçado da fronteira entre os dois territórios. Ademais, a divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes não suscita *um único* problema, senão, muito ao contrário, *uma série* de problemas distintos, para os quais é possível adotar soluções também diferenciadas. Por exemplo: fala-se de “princípio dispositivo” a propósito de temas como o da iniciativa de instauração do processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, o da possibilidade de autocomposição do litígio, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante. Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica inspiração. Daí proclamar a generalidade dos estudiosos que não existe processo “puramente” inquisitivo, nem processo “puramente” dispositivo¹.

* Texto de palestra proferida em 27.11.2002. Acrescentaram-se as notas.

¹ A afirmação é tão corrente que, a rigor, dispensaria citações; em todo caso, veja-se, por todos, TARUFFO, “*La prova dei fatti giuridici*”, v. II, t. 2, do “**Trattato di diritto civile e commerciale**” de CICU - MESSINEO - MENGONI, Milão, 1992, p. 22.

2. Idéia que se insinuou no pensamento da doutrina é a da existência de uma vinculação entre o modelo processual preferido pelo legislador e o tipo de regime político vigente no momento da opção. A predominância do “princípio dispositivo” corresponderia a um regime “liberal”, a do “princípio inquisitivo” a um regime “autoritário”.

Seria ingênuo negar que a índole do regime político tem reflexos no campo processual. Nenhuma província do direito é politicamente “neutra”. Decerto, o processo penal, por óbvias razões, costuma refletir com maior intensidade as diretrizes políticas vigentes do que o processo civil; mas este de maneira alguma está imunizado a semelhante influência. A observação atenta da experiência histórica, porém, não confirma a tese de uma vinculação constante e necessária entre a prevalência dos traços “inquisitivos” e a feição autoritária do regime político, ou entre a prevalência dos traços “dispositivos” e a feição liberal desse regime.

Dois exemplos ilustrarão suficientemente o dito. Um dos “pontos sensíveis” de nossa problemática é o da iniciativa em matéria de prova. Exerçam alguns traço de autoritarismo na assunção *ex officio* de poderes instrutórios pelo órgão judicial². Ora, o art. 37, 2ª parte, da lei suíça sobre o processo civil federal, de 1947, autoriza o juiz a “ordenar provas que as partes não hajam proposto”; o art. 10 do Código de Processo Civil francês, de 1975, estatui que “o juiz pode ordenar de ofício todas as medidas de instrução legalmente admissíveis”. A ninguém de juízo são ocorrerá pensar que a Suíça, em 1947, e a França, em 1975, viviam sob regimes políticos “autoritários”.

3. São de natureza diversificada os poderes exercidos pelo órgão judicial no processo. Nem todos, bem se sabe, têm caráter jurisdicional: há os de índole administrativa, como os arrolados no art. 445 do nosso Código de Processo Civil, que usa a expressão “poder de polícia”: “manter a ordem e o decoro na audiência” (inciso I), “ordenar que se retirem da sala da audiência os que se comportarem inconvenientemente” (inciso II), “requisitar, quando necessário, a força policial” (inciso III).

Mais importantes, sem dúvida, são os poderes de caráter jurisdicional. Várias classificações desses poderes têm sido propostas em sede doutrinária. Não vem ao caso passá-las em revista aqui, senão apenas registrar

² Assim, por exemplo, MONTERO AROCA, “*La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad*”, no v. “**Relatorias y ponencias sobre Derecho Procesal**” das XVII Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, San José, 2000, t. II, p. 332/3. A exemplificação do autor recorre a casos em que Estados totalitários abraçaram a orientação de aumentar poderes do juiz; mas isso mostra somente que o fenômeno não é exclusivo de ideologia alguma.

quão difícil é formular uma que na verdade esgote as múltiplas atribuições outorgadas ao juiz. Afigura-se preferível salientar determinadas espécies de maior relevância. Os principais poderes do juiz, compreende-se, são os relacionados com a atividade *decisória*; não é por acaso que ao propósito desta se tem falado de “poder-fim”³, por oposição aos “poderes-meios”. Dentre estes últimos, de feição instrumental, merecem ressaltos os poderes de direção do processo, os poderes instrutórios e os poderes de coerção.

4. É intuitivo que, em qualquer ordenamento, o poder de decidir se atribui eminentemente ao órgão judicial. Com isso não se quer dizer que fique excluída para os litigantes a possibilidade de determinar o conteúdo da solução da lide: sendo disponível a relação jurídica controvertida, pode acontecer que o desfecho resulte de ato unilateral ou bilateral das partes - renúncia à pretensão ou reconhecimento do pedido, no primeiro caso, transação, no segundo. A transação vem até merecendo tratamento particularmente favorável das leis modernas, que estimulam os litigantes à conciliação, à composição consensual do conflito de interesses. De todo modo, quando não se obtém semelhante resultado, é óbvio que no processo caberá ao juiz, e a mais ninguém, proferir decisão. Variam, contudo, os limites postos ao exercício desse poder: a tradição do direito ocidental⁴, no particular, é a de que, ao menos em regra, o órgão judicial está adstrito a julgar no âmbito do pedido, e só nele (*ne eat iudex ultra vel extra petita*; para a indicação de uma exceção recentemente introduzida no ordenamento brasileiro, *vide, infra*, nº 8).

No que tange à direção do processo e à instrução probatória, é costume opor dois modelos, um que dá primazia ao juiz, confiando-lhe, naturalmente com observância dos parâmetros legais, a marcação do ritmo procedimental e larga iniciativa na coleta de provas, outro que deixa às partes, em maior medida, tais cuidados. Habitualmente se identifica o primeiro modelo com o direito da Europa continental e dos países que em substância o receberam, como os latino-americanos, e o segundo modelo com o chamado *common law*, característico dos povos anglo-saxônicos.

³ V.g., SATTA, *Diritto processuale civile*, 6ª ed., Pádua, 1959 (reimpressão), p. 136, o qual, para sermos exatos, falava, em termos mais amplos, do “*potere di dichiarare e realizzare (coattivamente) il diritto nel caso concreto*”, aí compreendidos, por conseguinte, poderes inerentes à atividade *executiva*.

⁴ O adjetivo não está empregado aí em sentido estritamente geográfico, mas abrange os ordenamentos de países que, noutros quadrantes, adotaram, com maior ou menor rigor, modelos processuais de corte europeu ou americano. Sirvam de exemplo a Turquia e o Japão.

Essa dupla correlação, sem embargo do interesse que possa conservar como índice de tendências gerais, não espelha hoje a realidade de modo inteiramente fiel. Recente evolução do direito norte-americano fez emergir a figura do *managerial judge*, em diversos aspectos distanciada da imagem tradicional de um “árbitro” que assistisse qual espectador passivo à luta das partes e apenas interviesse para assegurar o *fair play*⁵. Na Inglaterra, a transformação é talvez mais sensível e remonta a época anterior às *Civil Procedure Rules* em vigor desde 1999, cuja edição assinalou o ponto mais saliente, até agora, de um progressivo afastamento das posições clássicas do denominado *adversary system*⁶. Por outro lado, no continente europeu, notam-se movimentos no sentido contrário, como o cerceamento das iniciativas instrutórias do juiz na nova **Ley de Enjuiciamiento Civil** espanhola, de 2000, que, suprimindo as antigas *diligencias para mejor proveer*, restringe às hipóteses legalmente previstas o poder do órgão judicial de ordenar de ofício a realização de provas (art. 282, 2ª parte)⁷.

5. Filia-se o ordenamento processual brasileiro, notoriamente, à chamada família romano-germânica⁸, se bem que exiba, aqui e ali, marcas de infiltrações de origem norte-americana. Na Exposição de Motivos do vigen-

⁵ Cf., recentissimamente, CHASE, *American “Exceptionalism” and Comparative Procedure*, in **The American Journal of Comparative Law**, v. 50 (2002), p. 298: “*To be sure, recent changes in American litigation rules have tended to enhance the role of the court in relation to the parties: the whole concept of ‘managerial judging’ centers on the power and responsibility of the judge to move the case along, to promote settlement if possible, and at the very least to get to the trial promptly*”.

⁶ Sobre o referido diploma, vide BARBOSA MOREIRA, “Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês”, in “Temas de Direito Processual”, Sétima Série, S. Paulo, 2001, págs. 179 e segs; na doutrina inglesa, o sugestivo (desde o título) artigo de ANDREWS *A New Civil Procedural Code for England: Party-Control “Going, Going, Gone”*, in **Civil Justice Quarterly**, v. 19 (2000), p. 19 e segs. Acerca das mudanças antecedentes, JOLOWICZ, *A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do adversary system?*, tradução do autor deste trabalho, in **Rev. For.**, v. 328, p. 61 e segs.

⁷ Na Exposição de Motivos, nº VI, está dito que a lei se inspira no “princípio dispositivo” e daí se conclui: “*Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional se incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta conforme a Derecho*”. Reparo intuitivo é o de que uma “resposta conforme ao direito” deve basear-se em fatos cuja ocorrência se haja devidamente comprovado, e portanto, para pôr-se em condições de dá-la, é lógico que o juiz inclua entre seus cuidados semelhante comprovação. Em relatório apresentado às XVII Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual (Montevideu, 2002), sob o título **El proceso civil y su futuro**, e ainda não publicado, mas do qual gentilmente nos forneceu cópia o autor, VAZQUEZ SOTELO qualifica a modificação operada na legislação espanhola como “*una regresión histórica verdaderamente increíble*” (item IX, *Poderes e iniciativas instrutórias del juez*).

⁸ O agrupamento dos sistemas jurídicos em “famílias”, questão de que se ocupam os comparatistas, é naturalmente esquemático e comporta flexibilizações, mas conserva interesse como indicador genérico de afinidades e contrastes; parece exagero relegá-lo à condição de “mito”, conforme quer CANDIDO DINAMARCO, **Instituições de Direito Processual Civil**, 2ª ed., v. I, S. Paulo, 2002, p. 172/3. Aliás, esse mesmo autor, noutros passos da obra, faz uso do conceito, ainda que relativizado: vide, por exemplo, as referências feitas na p.286.

te Código de Processo Civil lê-se a afirmação de que ele “consagra o princípio dispositivo” (Capítulo IV, nº III, item 18). A imprecisão semântica da expressão, todavia, reclama esclarecimento. É indubitável que o diploma de 1973 segue, em pontos capitais, algumas das diretrizes tradicionalmente vistas como típicas do “processo dispositivo”. A instauração do feito depende, em regra, da iniciativa da parte (art. 262, *principio*); e a exceção aberta para o inventário (art. 989) nenhuma repercussão vem tendo na prática do foro. Também cabe à parte fixar o objeto do processo, vedado o julgamento *extra* ou *ultra petita* (arts. 128, 458, 459, 1ª parte); aí, contudo, tornam-se indispensáveis certos reparos, que virão a seu tempo. É dado aos litigantes pôr termo ao pleito, mediante autocomposição da lide, por ato unilateral - reconhecimento do pedido, renúncia à pretensão - ou bilateral - transação (art. 269, incisos II, V e III, respectivamente), sem que se permita ao juiz, desde que validamente praticado o ato, deixar de cancelá-lo. A interposição de recurso por uma só das partes não abre ao órgão *ad quem* a possibilidade de proferir decisão mais favorável àquela que não recorreu (proibição da *reformatio in peius*)⁹.

Já no que concerne à participação ativa do juiz na instrução probatória, o art. 130 é claro em atribuir-lhe o poder de determinar as provas necessárias, “de ofício ou a requerimento de parte”. Tem esse texto alcance genérico. Outras disposições, que contemplam hipóteses específicas, devem reputar-se meramente explicitantes: assim, o art. 342, que autoriza o órgão judicial a ordenar, em qualquer estado do processo, o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa; o art. 355, que lhe faculta determinar a exibição de documento ou de outra coisa, em poder da parte; o art. 399, segundo o qual ele requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, “as certidões necessárias à prova das alegações das partes” e os autos de “procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município ou as respectivas entidades da administração indireta”; o art. 440, que permite ao órgão judicial inspecionar pessoas ou coisas; etc. A mesma orientação, cabe notar de passagem, vê-se corroborada em diplomas processuais mais recentes, por exemplo a Lei nº 9.099, de 26.9.1995, que regula os Juizados Especiais no plano estadual, e cujo art. 5º, *principio*, é categórico: “O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as

⁹ Apesar da inexistência de disposição proibitiva expressa, o ponto é pacífico: *vide* BARBOSA MOREIRA, **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. V, 10ª ed., Rio de Janeiro, 2002, p. 433 e segs., com abonações jurisprudenciais em a nota 53 à p. 433 (quanto à relação com o chamado princípio dispositivo, págs. 434/5).

provas a serem produzidas”. Bem se sabe que, na prática, os juízes brasileiros, e não só os brasileiros, fazem escassa aplicação de normas desse tipo e se contentam, as mais das vezes, com a contribuição trazida voluntariamente pelas partes. O fenômeno tem causas diversas, algumas justificáveis, como a sobrecarga de trabalho, outras menos. Nítida, entretanto, é a posição do ordenamento.

6. Ao longo dos últimos dez anos, vem sofrendo o Código de Processo Civil uma série de modificações, que de início visavam a simplificar, a desburocratizar o procedimento, eliminando formalidades inúteis, e a dissipar dúvidas suscitadas por textos obscuros, mas, pouco a pouco, assumiram iniludivelmente proporções mais vultosas. A faina reformadora, vale observar, não constitui singularidade de nosso país no panorama contemporâneo: por toda parte fervilham anseios de mudança, a refletir uma insatisfação difusa com o funcionamento da Justiça civil, e elaboram-se códigos novos ou alteram-se os existentes¹⁰.

Importa verificar a direção geral dessas inovações, do ponto de vista que aqui nos interessa, ou seja, no que respeita aos poderes do juiz. Pelo prisma comparativo, vê-se com facilidade que predomina amplamente a tendência a reforçá-los, em mais de um aspecto. Caso sobremodo interessante, pela carga de novidade que levou a sistema tradicionalmente apegado ao *adversary system*, é o já mencionado das **Rules of Civil Procedure** inglesas¹¹. Também na reforma alemã há sinais no mesmo sentido: assim, v.g., o poder que tinha o juiz de ordenar à parte a apresentação de documentos em seu poder, aos quais ela houvesse feito menção, estende-se agora aos documentos a que *a parte contrária* se refira, e a ordem de apresentação pode dirigir-se igualmente a terceiros, desde que isso lhes seja exigível e não ocorra qualquer das hipóteses de recusa legítima a depor na condição de testemunha (**ZPO**, § 142, 1^a e 2^a alíneas, na redação dada pela lei de 27.7.2001).

Não surpreende, pois, que as leis modificativas de nosso estatuto processual venham tratando igualmente de incrementar os poderes do ór-

¹⁰ Para uma resenha dos principais marcos do movimento reformador, até 1995, vide BARBOSA MOREIRA, “Miradas sobre o processo civil contemporâneo”, in **Temas de Direito Processual**, Sexta Série, S. Paulo, 1997, p. 45 e segs. À enumeração que ali se fez seria hoje mister acrescentar, entre outros exemplos, o novo Código de Processo Civil japonês, de 1996, as **Rules of Civil Procedure** inglesas, em vigor desde 1999, a nova **Ley de Enjuiciamiento Civil** espanhola, de 2000, e a recente reforma do processo civil alemão, levada a cabo em 2001.

¹¹ Permitimo-nos remeter o leitor, de novo, ao trabalho cit. em a nota 6, *supra*.

ção judicial. Esse traço ressalta à primeira vista na paisagem desenhada pelas reformas, com particular relevo no que tange à direção do processo. Vejamos alguns exemplos:

a) Embora a tradição do ordenamento pátrio inclua o controle judicial da demanda, a partir do primeiro contacto do juiz com a postulação do autor, na sistemática primitiva do Código, se fosse indeferida a petição inicial, não se facultava ao magistrado reconsiderar o indeferimento, por mais que se convencesse de haver errado ao decretá-lo. De acordo com a redação dada ao art. 296 pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, caso o autor apele, o órgão judicial pode reformar sua própria decisão, para deferir a inicial;

b) O parágrafo único do art. 46, introduzido pela mesma lei, autoriza o juiz a “limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa”. A admissão do litisconsórcio facultativo, com efeito, visa a atender a imperativos de economia processual; sob certas circunstâncias, todavia, pode revelar-se contraproducente, como vinha sucedendo em pleitos de servidores públicos, reunidos às centenas, quando não aos milhares, a tornar extremamente árdua a tarefa de examinar cada situação individual, não só para o réu, ao contestar, senão também para o próprio órgão judicial, no momento de julgar;

c) O juízo *a quo* já tinha competência para apreciar a admissibilidade da apelação, mas só podia exercê-la uma única vez; caso admitisse o recurso, não lhe era lícito voltar atrás, ressalvada a hipótese de deserção. Com o advento da Lei nº 8.950, de 13.12.1994, depois de oferecida a resposta do apelado, passou a facultar-se ao juiz o reexame dos requisitos de admissibilidade do recurso e, eventualmente, o respectivo trancamento (art. 518, parágrafo único);

d) No segundo grau de jurisdição, assumem realce a possibilidade, aberta ao relator, de dar efeito suspensivo, sob determinadas condições, a recurso que não o tenha por força de lei (arts. 527, nº III, e 558 e seu parágrafo único, desde a Lei nº 9.139, de 30.11.1995), e, mais recentemente, a de converter o agravo de instrumento em agravo retido (art. 527, nº II, tal qual redigido por força da Lei nº 10.352, de 26.12.2001).

7. Merece consideração especial o caso da audiência a princípio chamada de conciliação e depois rebatizada de audiência preliminar. Foi ela introduzida no procedimento ordinário pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, que deu nova redação ao art. 331, determinando a realização da audiência nas

hipóteses em que fossem incabíveis a extinção do processo nos termos do art. 329 e o julgamento antecipado da lide segundo o art. 330, e além disso versasse a causa sobre direitos disponíveis. Esse último requisito foi objeto de críticas, com o argumento de que o objetivo da audiência não se cingia à tentativa de conciliação; houve até quem sustentasse que, a despeito do teor literal do dispositivo, a audiência deveria realizar-se inclusive nos casos de indisponibilidade do direito controverso, suprimida apenas a tentativa de conciliação¹². Ao nosso ver, a audiência só cabia quando disponível o direito; por outro lado, em tal hipótese, ela era obrigatória, vedado ao órgão judicial dispensá-la, e de maneira alguma se facultava a este consultar as partes, para que declarassem se a desejavam ou não: os juízes que assim procediam, abdicando de um poder-dever que lhes outorgava a lei, frontalmente a infringiam.

Agora, no entanto, a matéria sujeita-se à nova disciplina estabelecida pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002. Consoante a redação por ela dada ao art. 331, § 3º, “se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção de provas, nos termos do § 2º”. Parece-nos que o texto contém duas prescrições distintas: a primeira afasta categoricamente o cabimento da audiência preliminar, sempre que indisponível o direito controverso; a segunda deixa ao órgão judicial uma alternativa entre realizar ou não a audiência - mudança que nos interessa particularmente, como sinal de ampliação do poder de dirigir o processo.

A inovação tem precedentes no direito comparado. Sempre que se fala em audiência preliminar, vem à balha o código austríaco de 1895, em que o instituto adquiriu valor emblemático e foi cantado em prosa e verso pelos entusiastas da oralidade. Para surpresa de muitos, uma lei de 1983 veio a tornar facultativa a realização da audiência, a critério do órgão judicial, que passou a poder suprimi-la, quando haja razões para presumir, à vista do conteúdo da demanda e dos documentos apresentados pelo autor, que o réu se disporá a combater (“*dass sich der Beklagte in den Rechtsstreit einlassen wird*”), isto é, que não propenderá para uma solução consensual (ZPO, § 243, 4ª alínea). Note-se que a opção entre realizar ou não a audiência *precede* a contestação e baseia-se exclusivamente em elementos trazidos *pelo autor*; é de supor que, no sistema brasileiro, o juiz possa ter dados

¹² Assim, CÂNDIDO DINAMARCO, *A reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., S. Paulo, 1996, p. 124/5

mais consistentes, à vista da resposta do réu, para aquilatar a probabilidade ou improbabilidade de acordo entre as partes.

Também o direito português confere ao órgão judicial a possibilidade de dispensar a audiência preliminar em certas hipóteses. Elas estão previstas nos dois incisos do art. 508-B, introduzido no Código de Processo Civil pelo Dec.-lei nº 180, de 25.9.1996. O denominador comum é a *simplicidade*: ou a da própria causa (inciso I) ou a da apreciação das chamadas exceções dilatórias (inciso II).

Quando o legislador torna facultativa a audiência preliminar, leva em conta que sua realização apresenta vantagens e desvantagens, e portanto é preferível excluí-la nos casos em que estas presumivelmente superarão aquelas. O que chama a atenção, pelo ângulo em que nos colocamos neste trabalho, é o fato de que ele renuncia a enumerar aprioristicamente esses casos, confiando no discernimento do juiz para identificá-los. Como quer que se valore tal solução, não deixa de manifestar-se aí, mais uma vez, a tendência ao incremento dos poderes judiciais de direção do processo. Ressalve-se que no particular não existe, a rigor, *discricionariiedade*: a opção do juiz não é inteiramente livre. Uma de duas: ou o material constante dos autos aponta de forma inequívoca no sentido da improbabilidade do acordo, e o órgão judicial *não deve* realizar a audiência, ou se dá o contrário, e o órgão judicial *não pode deixar* de realizá-la. Na primeira hipótese, adite-se, cumpre ao juiz, no ato escrito de saneamento do feito, expor as razões pelas quais lhe pareceu improvável a solução consensual do litígio. Seja como for, não há dúvida de que também aqui se lhe concede apreciável latitude.

8. Aludimos há pouco aos poderes de coerção, isto é, àqueles cujo exercício visa a obter compulsoriamente a prática ou a abstenção de determinados atos. Trata-se de poderes inerentes à condição de órgão público, de que o juiz se acha investido. Por isso mesmo, não os têm os árbitros, que precisam valer-se do auxílio da Justiça estatal quando, por exemplo, querem fazer vir à sua presença uma testemunha recalcitrante (Lei nº 9.307, de 23.9.1996, art. 22, § 2º, *fine*).

O terreno principal em que os ordenamentos costumam recorrer a medidas coercitivas é o dos deveres de fazer ou de não fazer, não cumpridos espontaneamente. Tais medidas podem ser de duas espécies: pessoais e patrimoniais. No direito brasileiro é tradicional a preferência pelas medidas patrimoniais, até em razão da proscrição constitucional da prisão do devedor, salvo hipóteses excepcionais (hoje, Carta de 1988, art. 5º, nº LXVII). A legislação pátria sempre abriu espaço a cominações daquele tipo,

notadamente em matéria de execução de obrigações com prestação infungível, como nos exemplos clássicos do pintor famoso que se recusa a pintar o quadro prometido, ou o do pianista renomado que reluta em dar o concerto a que se obrigara.

Reformas recentes do Código de Processo Civil vêm aumentando de modo considerável a esfera de atuação das medidas coercitivas. O art. 461, a que a Lei nº 8.952, de 13.12.1994, deu nova redação, mutuada do Código de Defesa do Consumidor, prevê em termos *gerais*, no campo das obrigações de fazer ou não fazer, a imposição de multa diária, na liminar ou na sentença que acolha o pedido, para o caso de descumprimento do prazo fixado ao devedor renitente¹³. Registre-se que a medida já estava prevista no art. 645, para a execução de obrigações de fazer ou não fazer com fundamento em título extrajudicial. Disposições análogas vieram a ser introduzidas pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002, com referência à entrega de coisa, seja por força de sentença (art. 461-A, § 3º), seja em execução fundada em título extrajudicial (art. 621, parágrafo único, nova redação).

Aspecto que cumpre ressaltar é o de que, para impor a multa, o juiz prescinde de pedido do autor, inclusive em caso de imposição na sentença. Nesse sentido é expresso o § 4º do art. 461. Tem-se aí nova exceção, que se soma às já antes previstas no Código (arts. 20, 293), à regra da congruência entre sentença e pedido - e, por conseguinte, nova atenuação ao princípio dispositivo, nessa particular projeção¹⁴. Ainda outra manifestação do alargamento dos poderes do órgão judicial é a possibilidade, que se lhe abre, de modificar, também de ofício, o valor ou a periodicidade da multa, nos termos do § 6º, acrescentado ao art. 461 pela Lei nº 10.444, e ao qual faz remissão, por sua vez, o art. 644, na redação dada pela mesma lei.

¹³ Se com isso se ampliou, em nosso direito, o elenco das sentenças (e ações) *mandamentais* é questão cuja solução depende do conceito que se adote para definir tal categoria; dela não nos podemos ocupar no momento. Para uma discussão do problema, *vide* BARBOSA MOREIRA, "A sentença mandamental - da Alemanha ao Brasil", in **Temas de Direito Processual**, Sétima Série, S. Paulo, 2001, p. 53 e segs.

¹⁴ Pode suceder, naturalmente, que o autor *haja pedido* a imposição da multa. No sistema primitivo do Código, segundo a melhor doutrina, se o autor pleiteava a tutela específica, *devia*, nos termos do art. 287, de teor imperativo ("constará"), incluir a cominação na inicial; hoje, à luz da nova redação dada ao dispositivo pela Lei nº 10.444, a inclusão é facultativa ("*poderá requerer*"). A modificação obviamente visou a pôr o art. 287 em consonância com as disposições que atribuem ao juiz o poder de impor a multa *ex officio*. Sobre a evolução do ordenamento, na matéria, *vide*, antes mesmo da Lei nº 10.444, a exposição de CALMON DE PASSOS, **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. III, 8ª ed., Rio de Janeiro, 1998, p. 180 e segs.

9. Esta resenha ficaria incompleta se não aludisse, posto que brevemente, à progressiva dilatação dos poderes do relator, no procedimento recursal. A tradição do direito pátrio conferia-lhe exclusivamente atribuições relacionadas com o *processamento* do recurso; reservava-se o julgamento ao órgão colegiado. No texto originário do Código, o art. 557 criava exceção a essa regra, para permitir ao relator do agravo de instrumento indeferi-lo quando “manifestamente improcedente”; mas tratava-se de caso isolado.

Uma série de reformas foi pouco a pouco imprimindo nova feição ao sistema, no particular¹⁵. Culminou o processo evolutivo - por enquanto! - com a Lei nº 9.756, cuja redação, por sinal, se esmerou em desprezar as regras da boa técnica legislativa. Em parágrafo acrescentado ao art. 557 e curiosamente designado como § 1º-A, apesar de situado *antes* do § 1º, esse diploma investiu o relator (de qualquer recurso) do poder de dar-lhe provimento por decisão monocrática, se a recorrida “estiver em manifesto confronto” (leia-se conflito) “com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. Caso se persista em caminhar no mesmo sentido, a relação regra-exceção, mais dia, menos dia, estará invertida, e excepcionais passarão a ser os julgamentos colegiados de recursos¹⁶.

10. Até aqui, procuramos mostrar como o ordenamento processual de nosso país vem evoluindo constantemente no sentido de reforçar os poderes do órgão judicial - e o fato de que a evolução se esteja processando à sombra de instituições politicamente democráticas só faz trazer mais um desmentido à tese da vinculação entre semelhante reforço e o caráter *autoritário* do regime vigente.

Uma coisa, entretanto, é o texto legal, outra, a maneira como os juízes concretamente o aplicam - ou deixam de aplicá-lo... Já se aludiu à escassez, na prática judiciária, das iniciativas tomadas *ex officio* em matéria de prova. Os poderes de direção do processo nem sempre são exercidos de modo eficaz, por mais de uma razão, entre as quais sobressai o fato de que o pleito

¹⁵ Para uma resenha, vide BARBOSA MOREIRA, “Algumas inovações da Lei nº 9.756 em matéria de recursos civis”, in **Temas de Direito Processual**, Sétima Série (cit. em a nota 12), p. 71 e segs., espec. 73/6, e também “Reformas do CPC em matéria de recursos”, in **Rev. For.**, v. 354, p. 181/2.

¹⁶ No direito alemão, convém registrar, nota-se tendência análoga a concentrar em membros individuais do tribunal colegiado poderes decisórios em matéria de recursos, nomeadamente da apelação. Nesse sentido, é significativo o § 526, 1ª alínea, da **ZPO**, na redação dada pela lei de 27.7.2001. A orientação vem sendo ali adotada, no entanto, de modo mais cauteloso: basta ver que o *Einzelrichter* só se investe da função de decidir mediante delegação do colegiado, subordinada a certos pressupostos.

não raro passa sucessivamente pelas mãos de vários magistrados. O princípio da identidade física, mesmo restritamente entendido, como identidade entre o juiz “que concluir a audiência” e o que julgar a lide, sofreu atenuações no art. 132 do Código nacional. Para dizer a verdade, o ideal seria que *todo* o processo se desenvolvesse em primeiro grau sob direção única, do primeiro ao último ato. Não se pode esperar que um juiz controle com a necessária firmeza a marcha do pleito, se sabe que, mais cedo ou mais tarde, será substituído no comando. O ideal, por definição, é sem dúvida inatingível: quando nada em caso de morte, sem falar de outros menos dramáticos, inexistente alternativa para a substituição. Seria de desejar, porém, que as normas de organização judiciária cuidassem de impedir que se converta em regra geral um permanente rodízio, consoante vem acontecendo em não poucos casos.

Naturalmente, ponto capital é a preparação dos magistrados para os encargos de direção do processo. Os *erros in procedendo* costumam gerar complicações e incidentes que procrastinam o desfecho do pleito e geram inconvenientes graves, inclusive aumentos de despesa, para o litigante que tem razão. Basta pensar em decisões equivocadas acerca de competência, às quais se segue quase sempre um cortejo de conflitos, recursos, decretações de nulidade, tudo com lamentável desperdício de tempo, energias e dinheiro. À semelhança do dolo, da fraude, da omissão ou do retardamento injustificável, previstos no art. 133, também o erro grosseiro na condução do feito deveria acarretar a responsabilidade do juiz pelas perdas e danos causados às partes.

Ainda a propósito dos poderes de direção, se nos permitem um parêntese breve, é oportuno advertir que, mesmo independentemente das reformas do Código, muito era e é possível extrair dos princípios por ele abraçados, notadamente do dever, imposto ao juiz pelo art. 125, nº II, de “velar pela rápida solução do litígio”. Por exemplo: se um dos devedores solidários, demandado pelo credor, requer o chamamento ao processo dos outros devedores, invocando o art. 77, nº III, toca ao órgão judicial verificar se o requerimento porventura não se resolve em simples manobra procrastinatória, conforme ocorrerá, com toda a probabilidade, quando o réu pleiteie o chamamento de pessoa notoriamente insolvente, ou domiciliada em país estrangeiro, onde seja difícil o cumprimento de rogatória para a citação. Em hipóteses do gênero, não deve o juiz hesitar em indeferir o requerimento.

Quanto aos amplísimos poderes concedidos hoje aos relatores em órgãos de grau superior, impõe-se, ao nosso ver, discurso matizado. Admita-se que, aliviando a carga de trabalho dos colegiados, disposições do gênero contribuam para abreviar o itinerário do processo e, nessa medida, beneficiem os jurisdicionados. Sobre tal suposição pesa uma hipoteca, porque a decisão do relator comporta necessariamente impugnação perante o colegiado, mediante agravo, e, se a parte se valer desse novo recurso, estará reduzida a nada a pretensa vantagem. É certo que o legislador procurou desestimular a interposição do agravo, cominando, no § 2º do art. 557 (com a redação dada pela Lei nº 9.756), “multa entre um e dez por cento o valor corrigido da causa”, a cujo pagamento se condenará o agravante, sempre que o recurso for “manifestamente inadmissível ou infundado”; além disso, a interposição de qualquer outro recurso ficará “condicionada ao depósito do respectivo valor”. A disposição é criticável por mais de um aspecto, a começar pela escolha da base de cálculo da multa: a essa altura, o valor da causa tem pouquíssima relevância, e nenhuma relação com o problema. Ajunte-se que a cláusula final cerceia com rigor excessivo o direito de recorrer¹⁷.

É de bom alvitre que o relator exerça com algum comedimento os poderes decisórios que se lhe conferem, sobretudo os contemplados no art. 557, § 1º-A. Na aplicação desse dispositivo, deve ele ter em vista, entre outras coisas, que o conceito de “jurisprudência dominante” não possui contornos precisos, que o predomínio desta ou daquela tese pode e costuma variar com o tempo, mesmo no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores, e que por conseguinte seria erro grave arvorar sempre em critério definitivo e imutável, digno de sobrepor-se a tudo mais, uma tendência contingente, embora reiterada, a dar a tal ou qual norma determinada interpretação. Enquanto nosso ordenamento não incorporar o princípio da eficácia vinculante de precedentes, casos haverá em que se mostre preferível abrir ao colegiado a oportunidade de pesar os prós e os contras da adesão estrita à diretriz neles firmada, por mais alta que seja a fonte de onde emanam.

11. O incremento dos poderes do juiz tem de ser encarado e utilizado como instrumento da boa prestação jurisdicional. O lado mais visível,

¹⁷ Por esse aspecto, não seria desarrazoado cogitar de sua incompatibilidade com a garantia insculpida no art. 5º, nº LV, *fine*, da Carta da República. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, negou a existência de inconstitucionalidade, no julgamento dos Emb. Decl. no Ag. Reg. no Rec. Extr. nº 244.269, em 22.2.2000, in **Rev. dos Trib.**, v. 779, p. 169.

mas não o único, é o da duração do processo, que tudo se há de fazer para não alongar mais que o necessário. Outros aspectos merecem consideração: facultar ao órgão judicial mais largas iniciativas instrutórias pode concorrer para equilibrar em certa medida as diferenças de recursos das partes, e com isso dar ao contraditório efetividade capaz de fazê-lo descer do plano das puras abstrações dogmáticas para o das necessidades concretas e encarnadas, aqui e agora, da realização da Justiça.

A correta valoração das reformas, aqui como alhures, exigiria que dispuséssemos de dados objetivos sobre o impacto por elas produzido no quotidiano forense. Para avaliar o que realmente vêm significando, precisaríamos saber como estava a situação antes delas e como passou a estar depois. Infelizmente, estatísticas judiciárias não são o nosso forte: ou simplesmente inexistem, ou, quando existem, nem sempre se mostram acessíveis e fidedignas. Ficamos constrangidos, assim, a emitir juízos fundados em meras impressões. Ora, o impressionismo, que produziu obras-primas na arte, em direito nada produz senão chavões sem compromisso com a realidade e cientificamente imprestáveis.

Voltemos ao exemplo da audiência outrora chamada de conciliação, hoje preliminar. Sua inserção no *iter* processual foi e é uma faca de dois gumes: se se consegue promover o acordo das partes, ela abrevia o pleito em medida considerável; no caso contrário, só faz prolongá-lo, sem que outros eventuais benefícios compensem por força a desvantagem. A modificação introduzida pela Lei nº 10.444 no § 3º do art. 331, no sentido de permitir ao juiz que deixe de realizar a audiência, quando as “circunstâncias da causa” tornarem improvável a solução consensual, terá refletido, presume-se, mudança de posição do legislador quanto à obrigatoriedade da realização, no âmbito dos direitos disponíveis. Prevaleceu, salta aos olhos, o entendimento de que os prós não superam sempre e necessariamente os contras. Estamos, porém, condenados a ignorar em que se baseou o legislador para, em 1994, considerar que era aconselhável dar caráter obrigatório à audiência, naquele terreno, e em que se baseou para, em 2002, chegar à conclusão de que mais valia confiar no critério do órgão judicial. Com efeito,

não se tem notícia de pesquisas ou levantamentos de dados, anteriores ou posteriores a cada alteração, cujos resultados justificassem o vaivém.

É mais que tempo de mudar de atitude. Uma avaliação digna desse nome pressupõe o conhecimento tão completo quanto possível do objeto avaliado. Urge averiguar, com métodos tecnicamente idôneos, *se e como* estão os juízes exercitando os seus acrescidos poderes em nosso foro civil, e que resultados se vêm colhendo do ponto de vista da efetividade do processo - que é, não nos esqueçamos, a causa final e a razão de ser de toda e qualquer reforma processual. ◆

Os Princípios Constitucionais e o Novo Código Civil

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

Procuradora de Justiça - MG

“Um Código Civil não é obra da ciência e do talento unicamente; é, sobretudo, a obra dos costumes, das tradições, em uma palavra, da civilização, brilhante ou modesta, de um povo.”

José de Alencar, citado por Clóvis Beviláqua

INTRODUÇÃO

Ao iniciar a sua exposição sobre o Código Civil de 1916, o seu principal fator, Clóvis Beviláqua esclarecia que “as codificações, além de corresponderem às *necessidades mentais de clareza e sistematização, constituem, do ponto de vista social, formações orgânicas do direito, que lhe aumentam o poder de precisão e segurança, estabelecendo a harmonia e a recíproca elucidação dos dispositivos, fecundando princípios e institutos que, no isolamento, se não desenvolveriam suficientemente, contendo, canalizando e orientando energias que só poderiam prejudicar, na sua ação dispersiva*”¹.

Refletia-se, naquela exposição, o entendimento que prevalecia então sem qualquer questionamento quanto à necessidade, conveniência e operacionalidade das codificações.

Expondo toda a tramitação do Código Civil que se promulgava naquele ano, Clóvis refletia sobre os noventa e seis anos de ausência de uma legislação civil brasileira. Anunciado desde a Independência do Estado nacional, em 1822, o Código Civil fora objeto de determinação constitucional específica em 1824 quanto à sua formulação e somente viera a lume sob a égide já de uma outra Constituição, a primeira Republicana, que expunha um Brasil diferente daquele primeiramente pensado quando da independên-

¹ BEVILÁQUA, Clóvis – **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, t. I, p. 11.

cia e que transitara por profundas transformações em suas instituições políticas e jurídicas.

É outro tempo, outro século, outro Brasil. Há outro Código Civil em vigor desde 11 de janeiro de 2003. Noventa anos depois dos debates que constituíram preocupação primeira da comunidade jurídica brasileira, nova onda de discussões impõe-se sobre a nova legislação civil. Diversamente daquele primeiro diploma, que se fez objeto de um grupo restrito de juristas, advogados, magistrados e pensadores atentos a uma legislação específica, a mudança da sociedade permitiu a democratização do direito. Os debates sobre o Direito e os direitos já não se atêm à soleira das portas de faculdades de direito ou dos tribunais, senão que ganhou ruas, praças e fez-se linguagem de todo o povo. Todos querem saber como e para que o Código Civil vem lhes aportar mudanças na vida e nas relações sociais.

Como naquele primeiro documento promulgado, pode-se dizer que ainda nos albores do século XX – uma vez que sequer se tinha completado a segunda década daquele período –, também agora a marca havida nesta vista inicial do novo Código é a polêmica.²

Nada de novo e também nada de mais. Afinal, tudo quanto toca de uma forma mais direta a vida das pessoas suscita opiniões, razões diversas, propostas diferentes e exposições distintas. É da liberdade que a cada um é dado opinar e que se sustente o que se lhe pareça melhor.

O único cuidado que me parece necessário atentar e promover de imediato com a lei nova é o que sustenta Pontes de Miranda, segundo o qual há que se haver com simpatia em relação a uma nova norma, porque com antipatia não se interpreta, combate-se. O que se há de buscar, parece-me, é que a nova legislação chegue a uma aplicação justa, que seja um instrumento competente para concretizar os melhores ideais de uma sociedade solidária e livre, tal como determina, em seus princípios fundamentais, a Constituição da República de 1988, sob a égide da qual sobrevém o novo

² Relatava Clóvis Beviláqua, quando do advento do Código Civil de 1916, que “*publicado o Código Civil, houve, no país, um duplo movimento. A maior parte dos brasileiros regozijaram-se com a terminação do trabalho, que se não supunham perfeito, consideravam satisfatório, e em melhores condições do que as leis dispersas, desconexas e antiquadas que antes regulavam as nossas relações civis. ... Na corrente oposta, foi figura proeminente Lacerda de Almeida, que está em desarmonia integral com o Código Civil: quando este realiza um avanço em relação ao direito anterior, acha que se devera, antes, ter mantido a sabedoria da tradição e quando não se atira a inovações, censura-o por ficar petrificado, criando obstáculos ao progresso do direito*” (Op. cit., t. I, p. 61).

Código Civil. Muda-se, sempre, em busca de aperfeiçoamento dos institutos e das instituições. Cuidando-se do ofício do direito, esta tarefa e objetivo não são afeitos exclusivamente ao legislador, senão que principalmente ao intérprete, ao aplicador da norma, ao advogado e ao magistrado. Boa vontade com lei nova é o mínimo que se pode pedir de quem tem o dever de ter esperança de que o direito não se frustrou, e que mesmo nesta nova civilização conturbada e num mundo em ruínas de tudo o que lhe antecedeu e faz-se uma vertigem de mudanças permanentes e desenfreadas rumo ao desconhecido, deve acreditar que o direito pode propiciar segurança à pessoa, mesmo no incerto da vida.

I – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS RAMOS DO DIREITO

O direito civil do séc. XIX e início do XX guardava, ainda, a condição herdada dos Antigos, sendo o *direito comum*, tanto significando o veio mestre do Direito, do qual partiam as demais instituições jurídicas, de onde brotavam os institutos, legatários das idéias contidas nas leis civis.³

O avanço do movimento de publicização das instituições e dos institutos jurídicos, as transformações havidas nas relações dos indivíduos no Estado e com o Estado, determinando a submissão do ente do Poder Público ao direito e definindo os contornos novos do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, em especial, determinaram a autonomização dos ramos públicos do Direito.

Em especial, deve ser realçado que a constitucionalização dos diversos campos de especialização do Direito determinou uma mudança de rumo da corredeira à foz, enaltecendo a condição do direito constitucional de raiz e tronco dos quais brotam os ramos e segundo os quais se dão os frutos do direito cultivado. Todos os ramos surgidos do direito constitucional de um

³ Leciona Caio Mário da Silva Pereira que a expressão *direito civil* experimenta mudanças de significado no tempo, tendo sido considerado, no direito romano, “...*que considerava o direito em razão de suas condições peculiares ... o direito da cidade, destinado a reger a vida dos cidadãos independentes e, rigorosamente, correspondia a direito quirítário, ius quitiium. ... de um lado correspondia ao sistema dos princípios tradicionais, em contraposição ao ius honorarium, de elaboração pretoriana; ao sistema nacional, e em antinomia ao ius gentium...*”(PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, t. I, p. 31). Na Idade Média, é ainda aquele grande civilista que demonstra ter tido o direito civil o entendimento de ser o corpo jurídico-normativo a se contrapor ao direito canônico, tendo o direito inglês feito distinção entre o *civil law*, que correspondia ao direito romano tomado como referência, enquanto a denominação mais restritiva, tal como agora aproveitada no direito ocidental, é invocada pela expressão *private law*. (*Idem, ibidem*)

povo fluíram para uma condição de dependência do quanto plantado nos fundamentos jurídico-normativos havidos somente na Constituição.

Aquela condição de quase supremacia – vinculada à idéia de ser o tronco jurídico contenedor da seiva viva de todas as instituições –, que antes detinha o direito civil, cedeu lugar para o direito constitucional a partir do Estado moderno liberal. A explicação é simples. O Direito, no Estado absolutista, não tocava o Estado, menos ainda o governante. As relações de administração eram desenvolvidas entre particulares, não tangenciando os entes do Poder Público.⁴ A submissão do Estado ao direito (idéia chave do Estado de Direito) determinou que os ramos do direito público, e, muito mais, o constitucional, no qual se estrutura e organiza o Poder Público e segundo o qual esse desenvolve as suas competências, transformou todo o direito, fazendo florescer os regimes jurídicos de direito público, cuidados em sede própria e formalizando-se em documentos específicos.

À parte a mudança na estrutura estatal, a determinar o fortalecimento das instituições e dos institutos de direito público e, paralela e necessariamente, uma grande transformação nas idéias fundamentais de sistema e ordenamento jurídico, e, no sistema, das relações entre os diversos ramos do direito, também há que se acentuar a modificação havida no papel a ser desempenhado pela pessoa humana e pelos agentes, órgãos e entidades públicos. Relevo deve ser dado ao papel do juiz, o qual, dotado de competência para interpretar e reinterpretar para manter viva a norma e atualizado e necessário o direito para a sociedade, teve-se uma reversão nas idéias que prosperaram e se sedimentaram entre os Antigos e, mesmo, no Estado moderno absolutista.

Tudo isto e mais a democratização social, que também contribuiu decisivamente para que se ampliassem não apenas os debates sobre a política do direito e o direito da política mas o universo dos que discutem e

⁴ Segundo Seabra Fagundes “a preeminência das instituições de Direito Privado na cronologia da evolução do Direito, resultante da estrutura absolutista do Estado, que levava o poder público à fuga da disciplina jurídica, enquanto caminhava para a regulação legal das relações entre os indivíduos como pessoas privadas – do que é típico o fenômeno do Estado romano, com um legado magnífico de princípios jurídicos para o Direito Civil, e praticamente sem nada de notável transferido aos pósteros em matéria de Direito Público – fez que o Direito Administrativo, o direito através do qual se dinamizam, por excelência, as relações do binômio Estado-indivíduo, tivesse na legislação civil a origem de algumas das suas principais instituições, dela recebendo-as por cissiparidade...” (FAGUNDES, M. Seabra – “Da contribuição do Código Civil para o direito administrativo”. In **Revista Forense**, p. 1).

lutam pela conquista de novos direitos, forçaram a que as Constituições materializassem objetos antes lançados na condição de matéria infraconstitucional, a ser pensada e formalizada, se e quando fosse o caso, de ser transformada em lei, na área de competência do legislador.

A Constituição mudou, porque o mundo mudou e o Direito não é para o tempo que foi, mas para o que é e o que se prepara para vir. Esta talvez seja, dentre outras, razão que põe em causa hoje até mesmo a validade e a atualidade necessária das codificações, incluídas as de matéria civil.

A importância da Constituição na vida das pessoas, a condição de fundamentalidade das matérias ali formalizadas, especialmente no que concerne à dignidade que se quer garantir para todos como justificativa maior do Estado, aliada à obrigatoriedade de se vincular a conduta estatal – aí incluído o legislador infraconstitucional – à ideologia de Justiça estabelecida no sistema constitucional, obrigando todos a dar-lhes efetividade jurídica e acatamento administrativo, contribuiu, decisiva e incontornavelmente, para que o Direito se mostrasse integralmente redimensionado. As Constituições contemporâneas ganharam não apenas em extensão e largueza formal, sendo essas características decorrência do quanto havido na sociedade sobre o que se considera fundamental.

Assim, a família que não era objeto de muito cuidado constitucional, sendo, em geral, apenas mencionados nos primeiros textos constitucionais, os sujeitos de direitos sociais, como as crianças, os adolescentes, os velhos, etc., os direitos difusos, que antes não eram sequer mencionados, tendo galgado reconhecimento inicial na legislação infraconstitucional, tantos os assuntos que antes eram legados aos legisladores passaram a ser objeto de cuidado dos constituintes.

No Brasil, as Constituições sempre foram minudentes em seus preceitos.⁵ O direito de propriedade nunca deixou de ser objeto de cuidado, considerado como sempre foi um dos direitos fundamentais individuais, mas a seu lado sempre compareceram institutos como o da empresa, ainda que referente ao patrimônio público, desde 1934, o do trabalho, dentre outros.

A Lei Fundamental do Brasil de 1988, entretanto, inaugurou uma fase inédita do constitucionalismo pátrio. Saudada por muitos como cidadã,⁶

⁵ Exemplo disto é que a de 1824, outorgada em período tipicamente liberal e sob o pálio do autoritarismo então prevaemente, nem por isso deixou de mencionar o que somente viria a ser conquista sedimentada na fase de Estado social, como é o direito à educação fundamental obrigatória, gratuita e a ser prestada como dever do Estado (art. 179, 32).

⁶ Título que lhe foi atribuído por Ulysses Guimarães, Presidente do Congresso Constituinte e que se difundiu amplamente.

criticada por outros como analítica, demasiado longa etc., se não foi unanimidade quanto a seus termos, foi plenamente aceita quanto à sua necessidade. E não apenas pelas contingências políticas então vivida pelos brasileiros, e que era refletida no documento decaído em 1988, como, ainda, pela inadequação dos textos anteriormente vigentes às normas e ao próprio modelo adotado pelo direito contemporâneo.⁷

A Constituição deixou de ser um documento jurídico-normativo fundamental *com* princípios e passou a ser um documento fundamental jurídico-normativo *de* princípios. Do constitucionalismo de preceitos chegou-se ao constitucionalismo de princípios, tidos como necessários, autônomos e obrigatórios com força normativa imperativa e vinculante a todos, incluídos os legisladores, como é óbvio.

De Carta de Liberdades passou a Lei Fundamental da Libertação. De Lei Fundamental do Estado passou a Constituição do Povo. O direito infraconstitucional não poderia negar-se a acatar tais mudanças: são elas a base do novo sistema jurídico e o fortalecimento dos sistemas de controle de constitucionalidade determinou a curvatura de todos a esta constitucionalização de todos os ramos do direito. Não há desimportância dos ramos do direito, cuidados em nível infraconstitucional. Ao contrário, o que se tem é, bem diversamente, uma constitucionalização das matérias que afetam a pessoa, tendo cabido o cuidado básico dos seus termos na sede base do direito positivo.

II – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O NOVO CÓDIGO CIVIL

A) Uma palavra inicial, ainda que brevíssima, deve ser lembrada sobre a Lei de Introdução ao Código Civil.

Código Civil novo, Lei de Introdução velha. Estaria mesmo ela velha materialmente como os seus sessenta anos de vigência poderiam fazer inicialmente supor?⁸

⁷ As características que dominam a Constituição do Brasil de 1988 são as mesmas que envolvem, com as peculiares condições de cada qual, as Constituições promulgadas mais recentemente em todo o mundo, quanto à sua matéria e quanto à sua forma mais extensa do que anteriormente aproveitado como modelo.

⁸A denominada *Lei de Introdução ao Código Civil* é, formalmente, um Decreto-lei (n. 4657) e data de 4 de setembro de 1942. Por ter sido expedido na vigência do Estado Novo, denominação dada ao regime autoritário que prevaleceu no Brasil desde 10 de novembro de 1937 até a deposição de Getúlio Vargas em 1945, já teve alguns dispositivos declarados não recepcionados desde a Constituição de 1946 (por exemplo, o § 2º do art. 2º). Em sua quase totalidade, contudo, o documento permanece vigente e vem ganhando importância, inclusive para a jurisprudência que atenta, cada vez mais, aos ditames ali contidos para se firmar a interpretação das leis segundo os fins sociais a que se destina a norma (art. 5º), o que vem se fortalecendo com a redemocratização do Brasil desde a década de 80 e as novas concepções e práticas jurisdicionais, que ampliam o papel do juiz.

Duas observações preambulares impõem-se neste passo: a primeira, a de que a despeito de conhecido e publicado aquele Decreto-lei como *Lei* e, na seqüência, como *Lei de Introdução ao Código Civil*, ela não respeita, específica e diretamente, o Código Civil. A segunda, a de que, a despeito de ser sempre publicada como um item previamente vinculado a este documento, não se tem, aqui, uma relação direta e unicamente vinculada a este Código.

A denominada *Lei de Introdução ao Código Civil* cumpre um papel já enfatizado por Paulo de Lacerda, que observa que “examinando o conteúdo dos códigos, se reconhece que eles não se limitam, quase sempre, à matéria objetivada; certos assuntos outros são mesmo tratados, com desenvolvimento apreciável, em leis anexas denominadas Introdução, Lei de Introdução, Título Preliminar etc. ... É o modelo francês, estabelecido desde a primeira década do século passado.⁹ Segundo esse modelo, elabora-se um código civil, contendo o direito civil material, parte do internacional privado, e até algo do direito civil formal e do direito público... Tal modelo tem dominado, com algumas variantes”¹⁰.

A despeito de sua denominação e de sua divulgação, sempre como adendo preliminar ao Código Civil, é bem certo que não há vinculação estreita ou exclusiva entre aquela *Lei de Introdução* e o Código Civil que seria, na sua forma verbalmente divulgada, por ela introduzida. A Lei de Introdução ao Código Civil é, em sua matéria, mais de direito público que de direito privado, sendo mais norma sobre normas que norma civil ou de direito privado¹¹.

Norma normarum, lei das leis como a própria Constituição o é, a denominada *Lei de Introdução ao Código Civil* é uma lei que cuida de leis, de sua eficácia, vigência e interpretação. Por isto, não substituída porque não guarda adequação plena à matéria civilmente cuidada e que respeita

⁹ Referência feita ao séc. XIX.

¹⁰ LACERDA, Paulo de – **Manual do Código Civil Brasileiro**. v. I, p. 18.

¹¹ Afirma Maria Helena Diniz que “a *Lei de Introdução ao Código Civil contém ... normas de sobredireito ou de apoio que disciplinam a atuação da norma jurídica*” (DINIZ, Maria Helena – **Direito civil brasileiro**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2003, v. I, p. 57). Conquanto não creia em *sobredireito*, mas num sistema jurídico que comporta e acata o princípio da hierarquia das normas, em cujo ápice se tem a Constituição, parece-me que o que ocorre, aqui, e que não guarda qualquer ineditismo jurídico, é que se tem, na denominada *Lei de Introdução ao Código Civil* um cuidado de matéria constitucional pela via da legislação infraconstitucional, o que não é inédito ou absolutamente incomum. A Lei Áurea mesma é considerada, à unanimidade, uma lei materialmente constitucional, conquanto formalmente fosse lei ordinária.

aos indivíduos, continua plenamente em vigor, com o jargão jurídico-positivo que lhe foi apostado em 1942, com o quanto recepcionado pela Constituição de 1946 e as que se lhe seguiram. Deve ser enfatizado que, quanto à elaboração de normas jurídicas, o Brasil obedece, conjugada ao Decreto-lei n. 4.657/1942, a Lei Complementar n. 95, de 36 de fevereiro de 1998, que estabelece normas sobre a redação, a alteração e a consolidação das leis. Quanto à sua vigência espacial e temporal, mantém-se íntegro o Decreto-lei n. 4657/42, sendo de se interpretar a norma conforme à Constituição de 1988.

B) O constitucionalismo contemporâneo caracteriza-se, consoante acima salientado, por ser de princípios. O que lhe marca e demarca a natureza e a forma é a principiologia que se impõe à inteireza do sistema jurídico positivo com força normativa determinada e determinante. A marca fundamental e distintiva de sua essência é, exatamente, traçar e retraçar os princípios que configuram os veios sustentadores de toda construção jurídica e contra os quais nada pode ser considerado válido.

O constitucionalismo de princípios, hoje vigente, determina a descrição expressa de alguns dos princípios que são acolhidos nos sistemas positivados, mas permite que, ao lado dos expressos, também outros, inexpressos, explicitados ainda que não expressos, ou implícitos, componham a principiologia que se quer fazer prevalecer. A Constituição é Lei, a Lei maior em eficácia e vigor, pelo que não se lhe pode negar cumprimento ou acatamento. Por isso, os seus princípios penetram, estendem-se, configuram-se, concretizam-se, espalham-se com mais densidade e concretude vinculada a cada qual das normas que componham o ordenamento jurídico-positivo específico.

Eles são vinculantes, obrigatórios, incontornáveis e, em geral, autônomos. Daí porque o novo Código Civil, como qual nova lei ou norma de qualquer natureza e grau hierárquico, incluído aquele inferiormente dependente de lei, haverá que se fazer cumpridor dos princípios constitucionais.

III - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CODIFICAÇÃO CIVIL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

1. A espinha dorsal de uma Constituição é o seu sistema de direitos fundamentais assegurados a qualquer pessoa humana. O coração do sistema constitucional, do pensamento constitucional, da prática constitucional é

o homem, sua vida digna e sua condição social para permitir-se realizar o que lhe permita ser feliz.

A Constituição da República brasileira de 1988 erigiu em princípio fundamental o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Não basta garantir o direito à vida, senão que a vida digna; não basta garantir a liberdade, senão *aquela* que garante a vida livre que dignifica em igualdades sociais, políticas, econômicas as pessoas humanas. Não basta existir o direito, mas aquele que realiza a justiça pensada por um povo em certo momento e em dada situação concreta. Não há direito sem justiça pensada, acreditada por um povo; não há justiça sem dignidade de todos e de cada um dos que compõem o Estado; não há direito sem princípios concretizáveis, o que depende do acatamento das prescrições constitucionais dos princípios que legitimam o sistema e tornam-no possível de ser eficaz socialmente para converter-se em eficaz juridicamente.

A Constituição da República brasileira de 1988 cuidou do homem, ou, no dizer de Ulysses Guimarães, presidente do Congresso Constituinte que a elaborou e promulgou, “o homem é o problema da sociedade brasileira... diferentemente das sete Constituições anteriores, começa com o homem. Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança.” O Código Civil promulgado em 2002 para vigorar a partir de 2003, também. O seu início e o seu fim é o homem, mas assim considerado em suas relações privadas. Todavia, como é óbvio e juridicamente incontornável, não pode ser cogitado senão com todas as garantias de que se acha investido constitucionalmente.

Daí porque o primeiro item a chamar a atenção do estudioso do novo Código Civil é a referência à pessoa. Em primeiro lugar, mantém-se o que havia no Código Civil de 1916, a saber, a menção às *pessoas naturais*. Expressão aproveitada pelo direito europeu, particularmente o francês que muito influenciou, no séc. XIX e início do séc. XX o direito latino-americano, foi ela substituída por outra, mais direta e objetiva, pessoa humana.

A referência constitucional à pessoa humana marca o direito constitucional brasileiro de 1988 (arts. 1º, III; 17; 34, VII, b; 226, § 7º; além das referências específicas à dignidade humana).

A menção civilista à pessoa natural é anterior à Constituição da República brasileira de 1988 e mantém, sem maior indagação ou questionamento, o quanto antes positivado em 1916.

Dá-se que como o Código Civil é a pormenorização do quanto constitucionalmente estabelecido, parece que seria própria a menção à pessoa humana, que é uma expressão que se fortalece pelo seu supedâneo constitucional e que tem sede no direito contemporâneo sem qualquer indagação.

2. O Código Civil remete-se, logo em seu art. 1º, à pessoa como ser “capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

A pessoa aqui mencionada é a humana, o que não seria demais observar, uma vez que tanto se conjuga com o quanto constitucionalmente posto. Todavia, como se contém no capítulo a referência à matéria enucleadora dos cuidados legais, parece que se satisfaz com tal menção o legislador, o que deve ser observado pelo intérprete.

A expressão *ordem civil* deve ser referência a direitos, deveres e responsabilidades nas relações interpessoais privadas, uma vez que a ordem única e sistêmica vigente é a ordem jurídico-positiva e, portanto, não há uma ordem separada, estanque, distinta das demais, mas um único ordenamento constituído na forma sistêmica de um sistema, no qual subsistem, paralela, simultânea e conjugadamente, subsistemas que se compõem pelo atendimento pronto e permanente aos princípios insculpidos no ordenamento constitucional.

Aqui parece ter subsistido a terminologia que antecede a Constituição da República de 1988, sem qualquer ordenação ou composição com a nova sistemática adotada a partir daquela data.

Mais problemático parece ser o art. 2º, no qual se dispõe que:

“Art. 2º – A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Deve ser anotado, preliminarmente, que a personalidade *civil* da pessoa soa duplamente estranho: em primeiro lugar, porque a referência à *civil* parece fazer supor a existência de personalidade criminal etc., o que não se dá no direito brasileiro. A referência à capacidade civil tem lugar e cabimento, uma vez que é legítima a menção à capacidade política, à capacidade eleitoral, à capacidade para exercer cargos e empregos administrativos, etc., mas a personalidade não tem o desdobramento que poderia o mais desavisado supor em face do quanto positivado na norma em foco.

É certo que se tem no art. 50, do mesmo Código, que “*em caso de abuso da personalidade jurídica*, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações civis sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

A referência ali feita à *personalidade jurídica* parece servir de base para uma interpretação possível sobre a menção à personalidade civil, que seria o seu contrário. Nada disto, entretanto, tem assento na doutrina ou no ordenamento normativo-jurídico do sistema brasileiro, pelo que a utilização novidadeira não parece, de toda sorte, a mais feliz.

Ademais, *personalidade ... da pessoa* (art. 2º) faz soar estranha a redação da norma, sendo aqui de se lembrar a advertência de Ruy, segundo o qual “são as codificações monumentos destinados à longevidade secular; e só o influxo da arte comunica durabilidade à escrita humana, só ele marmoriza o papel, e transforma a pena em escopro. Necessário é, portanto, que, nestas grandes formações jurídicas, a cristalização legislativa apresente a simplicidade, a limpidez e a transparência das mais puras formas da linguagem, das expressões mais clássicas do pensamento. Dir-se-á que ponho demasiado longe, alto em demasia, a meta, que a sublimo a um ideal praticamente irrealizável. Mas eu não exijo que igualemos essa perfeição custosa e rara. Basta que, ao menos, dela nos acerquemos, não a podemos alcançar; que a lei não seja imprecisa, obscura, manca, disforme, solecista. Porque, se não tem vernaculidade, clareza, concisão, energia, não se entende, não se impõe, não impera; falta às regras da sua *inteligência, do seu decoro, de sua majestade*”¹².

Personalidade somente pode se referir, no direito à pessoa, pelo que afirmar-se, em norma jurídica, que *a personalidade ... da pessoa começa...* parece afrontar qualquer das ponderações aludidas por Ruy Barbosa há exatos cem anos sem aprender-lhe as lições.

Ademais, reitere-se, personalidade civil não encontra eco nas idéias prevaletentes juridicamente, uma vez que não há adjetivação infraconstitucional da personalidade.

Firma-se na doutrina juscivilista a noção de que personalidade é o conceito enucleador de todo o Direito¹³. Não! O que se tem como definição

¹² BARBOSA, Ruy – **Escritos e discursos seletos**. Rio de Janeiro: Nova Aguillar S. A., p. 905.

¹³ Cf. , dentre outros, DINIZ, Maria Helena – *Op. cit.*, p.

constitucional fundamental no direito contemporâneo – incluído no direito brasileiro que demarca a sede de elaboração juscivilista – é a de pessoa e tudo o que daí advém e que é resguardado pelo direito. E neste sentido o que é fundamental é a dignidade que permite a expressão livre da personalidade, e não essa, que é uma manifestação da existência digna e livre daquela.

3. À parte a referência à pessoa e à personalidade, quanto à capacidade civil, que é matéria típica e originariamente cuidada pela legislação juscivilista, deve ser anotado que parece não ter o legislador de 2002 levado em consideração os cem anos de modificações constitucionais que erigiram novos preceitos normativos fundamentais.

Assim que se verifica no inciso III do parágrafo único do art. 5º do novo Código Civil brasileiro que “*cessará, para os menores, a incapacidade... III – pelo exercício de emprego público efetivo.*”

A Constituição da República brasileira de 1988 estabelece, no art. 37, II, distinção insuperável entre cargo e emprego público. O cargo público, e somente ele, pode dotar-se da qualificação de provimento efetivo, não havendo a efetividade de emprego público na Administração Pública. O emprego é qualidade de uma ocupação transitória, efêmera, não dotado da qualidade de provimento efetivo. A repetição da norma do Código de 1916, de que aqui se cuida, não autoriza o entendimento de que se cuida de uma negligência ou desconhecimento, senão que de desimportância inegável atribuída ao texto constitucional – o que não é aceitável ou permitido juridicamente quase quinze anos após a sua promulgação - ao qual bastaria uma breve passada de olhos para se verificar a mudança administrativista processada nas definições agora adotadas e que já perpassam a legislação e a jurisprudência quanto a estes termos.

Também merecerá uma interpretação sistêmica dos juízes e tribunais pátrios a referência havida à averbação dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação, bem assim aqueles de adoção. É que qualquer formalização e exposição a público – como é próprio da averbação – dos documentos que distingam entre os filhos poderá ensejar ou ser considerado, a uma, desigualador das condições naturais da pessoa e, a duas, determinante de uma exposição a público de dado referente exclusivamente à pessoa, em violação a seu direito constitucional à privacidade e à intimidade (art. 5º, X, da Constituição da República).

4. O cap. II do título I do Livro I do novo Código Civil refere-se aos *direitos da personalidade*.

Cabe, também aqui, uma palavra quanto à terminologia aproveitada pelo legislador civil. Segundo Carlos Alberto Bitar, em obra monográfica sobre o tema, “... consideram-se como da personalida-

de os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.”¹⁴

O confronto deste conceito, doutrinariamente oferecido, com as definições normativas contidas nos documentos constitucionais ou internacionais dos direitos fundamentais conduzem à inexorável conclusão de que se cuidam de um mesmo dado subjetivo e de uma mesma contingência jurídica objetiva. Por exemplo, é o que se pode verificar da leitura simples e objetiva do art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da ONU de 1948, segundo a qual “todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, sexo, língua, religião, opinião política ou e outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.”¹⁵

Se os direitos da personalidade são aqueles referidos constitucionalmente como os direitos fundamentais, a sua expressão, a sua manifestação ou a sua exposição nas relações sociais, como se contém nos trabalhos de direito civil e nos comentários feitos sobre as normas recém-vigentes, fica ainda mais difícil perceber e aceitar a referência feita, uma vez que

*a)no art. 52 do Código Civil se contém que “aplica-se às **pessoas jurídicas**, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.*

Os direito fundamentais individuais, vale dizer, dos indivíduos, são inatos ao ser humano, não podendo ser estendido, menos ainda por decisão normativa infraconstitucional, a qualquer

¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto – *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 1.

¹⁵ Ensina José Afonso da Silva que “direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada... porque além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.... A expressão direitos fundamentais do homem ... não significa esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem” (SILVA, José Afonso da – **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 182).

criatura jurídica dotada de personalidade pelo só desejo do legislador;

b)no livro IV da Parte Especial – do direito de família – o Código Civil apresenta o título I com a referência ao “direito pessoal”. Direito pessoal vem a ser o da pessoa, como é óbvio. Direito pessoal, direito da personalidade e direito fundamental da pessoa são ou se põem a ser uma mesma realidade a ser protegida pelo direito brasileiro?

É imprescindível que venha a prevalecer interpretação que assegure a coerência entre as normas civis vigentes e o seu fundamento constitucional, incluídos os elementos que contém definições tão importantes para os indivíduos e suas criações jurídicas, incluídas as pessoas, sob pena de se ter uma confusão de difícil desfazimento e de graves conseqüências em tema que não o admite.

O que chama, contudo, a atenção não é somente a disparidade dos termos e expressões utilizadas constitucionalmente e na legislação civil, senão a confusão de dados definidores havidos no novo Código e que terão de ser harmonizados com o quanto constitucionalmente posto.

Assim é que, à guisa de exemplo, tem-se o disposto no art. 11, do novo Código Civil, segundo o qual: “*com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.*”

Característica dos direitos fundamentais é que são eles intransmissíveis e irrenunciáveis (além de intransferíveis, inatos, etc.) não podendo o seu exercício ser restringido ou limitado, senão na forma constitucionalmente legitimada, independente da vontade. Assim é em relação ao direito à vida e compõe a essência deste direito combinado com aquele que se refere à liberdade.

Nos termos postos na letra simples da norma civil, em cujo ramo do direito predomina a autonomia da vontade, é de se perguntar se pode haver exceção à liberdade constitucionalmente assegurada em relação à natureza nuclear dos direitos fundamentais da pessoa. A norma, conforme antes acentuado, dependerá de interpretação que somente poderá prevalecer no sistema se composta e compossível com a natureza normativa fundamental da previsão constitucional (art. 5º).

De outra parte, a norma civil contida no art. 12 do novo Código, ademais da indeterminação do sujeito, das condições de exercício do direito e contra quem se há de exigir o que ali se faculta, somente poderá prevalecer, identicamente, se interpretada conforme a Constituição, uma vez que se

cuida de norma contenedora de elementos que dependem da complementação dos dados de esclarecimento para a sua eficácia plena e válida.

Por igual, a norma do art. 13 demanda interpretação segundo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade que conduz a leitura e aplicação dos direitos fundamentais.

O art. 15, à sua vez, contém expressão que constitui complicador grave para a interpretação, uma vez que ali se dispõe que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. A principiologia constitucional, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais da pessoa humana, não permite que quem quer que seja constrangido a submeter-se a tratamento médico, com ou sem risco de vida, pela singela circunstância de que o direito à liberdade é assegurado plenamente, salvo as restrições legais, que não se afirmam quanto à subsunção a tratamento médico.

O art. 18 estabelece que “sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.”

Ao mais desavisado poderia parecer que somente em propaganda comercial não se poderia usar o nome alheio, uma vez que apenas para esta está prevista, expressamente, na norma a vedação.

Todavia, o nome é direito personalíssimo, que não pode ser utilizado senão pela própria pessoa, que pode transmitir a outrem o seu uso, mas sempre como manifestação do titular deste direito. Daí porque, para fins comerciais, ou não, o uso de nome alheio é vedado por força do sistema constitucional vigente.

Por igual, parece-me que o art. 20 do novo Código Civil haverá que receber interpretação que permita combinar os direitos de quem divulga o escrito ou transmite a palavra, por exemplo, com os direitos de quem é deles autor. É que os direitos fundamentais e os princípios constitucionais não podem ser garantidos a uma pessoa excluindo de sua garantia o outro. O princípio haverá que ser garantido com outro, ponderando-se o que sobreleva, mas sem se afastar, anular-se, aniquilar-se direito.

Os direitos fundamentais impõem a ética da compreensão e a da solidariedade, que não podem ser desconhecidas ou mantidas desavisadas ao argumento de que a vontade autônoma sobrepõe-se a qualquer expressão da liberdade. Por isso é que todas as normas civis referentes aos direitos fundamentais não podem desconhecer os princípios constitucionais da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da responsabilidade jurídicas.

Afinal, o homem é que é definitivo. O mais são normas, direitos que apenas servem ao ser maior sujeito-início, princípio e fim da construção do direito e objetivo permanente de justiça. Direito não se descuida ou acaba sem jeito.

O título III do Livro I, da Parte Geral, que cuida do domicílio, manteve situação que vem sendo objeto de preocupação dos trabalhadores do Direito. É que a distinção civil feita no Código de 1916 e agora repetido no de 2002 entre domicílio e residência não atenta ou atende ao que se contém na Constituição, mormente no art. 5º, no qual se estabelece a garantia obrigatória pelo Estado dos direitos fundamentais dos brasileiros e estrangeiros *residentes* no País.

Como o Código Civil faz distinção entre domicílio e residência, para essa acentuando a possibilidade de ser plural, haverá que se delinear jurisprudencialmente o conteúdo da norma para não restringir direitos fundamentais e deveres intransponíveis do Estado a serem honrados para a sua plena garantia.

Apenas à guisa de observação, deve ser mencionado que o art. 75 do Código Civil determina que o domicílio da União é o Distrito Federal – o que, em 1916, correspondia à capital da República –, enquanto a Constituição, em seu art. 18, preceitua que a capital da União é Brasília.

IV – O PODER PÚBLICO E O TRATAMENTO CIVIL DOS SEUS BENS

No capítulo I do título II, referente às pessoas jurídicas, o Código Civil refere-se às *pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado* (art. 41, parágrafo único; art. 99, parágrafo único).

Entretanto, os publicistas têm enfatizado as suas críticas a tal referência, uma vez que, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “*não há, nem pode haver pessoa de direito público que tenha estrutura de direito privado, pois a estrutura destas entidades auxiliares é um dos principais elementos para sua categorização como de direito público ou de direito privado.*”¹⁶

O art. 101 do novo Código Civil inaugura entendimento que vinha prevalecendo em face da jurisprudência predominante, segundo a qual somente os bens afetos à prestação de serviços públicos (bens de

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 780.

uso comum e de uso especial) é que são dotados da característica de inalienabilidade. Tem-se no art. 100 que este atributo somente prevalece enquanto os bens estiverem comprometidos pela afetação ao serviço público e, por isso, forem destinados ao uso comum e ao uso especial do povo.

Tal como observado quanto à referência às pessoas administrativas dotadas de estrutura e submetidas ao regime jurídico predominante de direito privado quanto a seu desempenho, também o parágrafo único do art. 99 não encontra ressonância ou respaldo nos princípios constitucionais, mormente aqueles expressos ou implicitamente postos no art. 37 e seguintes da Constituição da República.

Deve ser anotado que a referência às pessoas que compõem a Administração Pública foram distinguidos no novo Código Civil segundo o quanto aceito constitucionalmente, o que configura ponto positivo.

Também se consideram adaptados na nova legislação civil os dispositivos referentes aos bens do subsolo (art. 20, IX e 176, da Constituição da República), que já recebem tratamento fundamental, independente de referência expressa do legislador civil.

V – A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DOS ENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição da República estabelece, expressamente, em seu art. 37, § 6º, a responsabilidade das pessoas jurídicas *de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos*. O novo Código Civil refere-se à matéria em seu art. 43, ficando, contudo, aquém do quanto constitucionalmente disposto, especialmente em relação à pessoa de direito privado prestadora de serviços públicos, o que não se altera, entretanto, em face do quanto estabelecido na Lei Fundamental da República.

A importância desta ênfase está em que mesmo a responsabilidade subsidiária do Estado quanto aos atos lesivos havidos contra alguém e praticado por particular no desempenho de serviço público está amparado constitucionalmente, pelo que não pode ser desconhecido pela ausência de norma civil expressa.

VI – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA E O DIREITO DE EMPRESA

Ao cuidar da ordem econômica, a Constituição da República de 1988 estabelece os princípios que a informam e que têm aplicação plena, pela sua

natureza, e eficácia incontestável. Assim, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, a fim de assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social são os elementos determinantes da dinâmica econômica, formando e conformando o desempenho empresarial.

Ao inaugurar cuidado específico com o direito de empresa (livro II da Parte Especial), o Código Civil inaugura legislação infraconstitucional que se conforma com os princípios constitucionalmente adotados, especialmente os que se referem ao princípio da função social das atividades e de todos os bens (art. 170 e seus incisos II e III) que têm de se voltar aos interesses da sociedade, bem como para garantir a pessoa a que se destina a prestação da atividade econômica.

De se ressaltar também a função social do contrato (arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil), antes nunca mencionada e que se ajustam, perfeitamente, ao quanto constitucionalmente encarecido no sistema fundamental vigente nos últimos quinze anos.

VII – DIREITO CONSTITUCIONAL DE PROPRIEDADE E CUIDADO CIVIL DA PROPRIEDADE

Quanto ao direito de propriedade, realce dado à propriedade cujo direito recaia sobre bem imóvel, que é tema enfatizado constitucionalmente (art. 5º, inciso XXII, XXIII e XXIV, art. 182 a 191, da Constituição da República), o Código Civil vai além do quanto disposto no texto do art. 524, do Código Civil de 1916, como não poderia deixar de ser.

Aquele documento civil fora preparado sob a égide da Constituição de 1891, único documento fundamental do direito positivo brasileiro a estatuir que “o direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude...”(art. 72, § 17).

Não obstante aquele preceito - que se justificava como tentativa de pacificar os senhores de terras, preocupados em razão da abolição da escravatura que poderia, segundo o seu preocupar, ensejar novas *expropriações (sic)* – a jurisprudência dos tribunais cuidou de adaptar aquele preceito aos novos ditames constitucionais. Modificada a natureza, a extensão e os efeitos do direito de propriedade a partir da Constituição brasileira de 1934 (preparada segundo os pensares predominantes a partir da Constituição de Weimar, de 1919), a norma do art. 524 do Código Civil de 1916 passou por verdadeira mutação (mudança informal da norma), a fim de persistir segun-

do o princípio da função social da propriedade que logrou persistir a partir daquele período.

A Constituição de 1988 encareceu o princípio da função social da propriedade (o qual, conforme acentuado, estendeu-se naquela Lei Fundamental a toda atividade econômica, em orientação expressamente seguida pelo Código Civil de 1916), expressando-o, em nível legal o legislador civil de 2002, no art. 1228, § 1º.

Parecendo combinar-se com aquele princípio, se tem o § 2º do mesmo dispositivo legal, o qual, todavia, contamina-se por disposição extremamente embaraçada e de difícil compreensão, pois impede tanto a liberdade de dispor do bem quanto de se exercer o direito de propriedade quando não haja contrariedade ao bem público ou intenção de prejudicar outrem.

O § 3º do mesmo art. 1228 não se compadece com as normas de direito público, menos ainda com a inteligência aceita do direito de propriedade constitucionalmente assegurado com limitações (art. 5º, XXIV, da Constituição da República). O que a Constituição da República garante é o direito de propriedade, vale dizer, a propriedade desenhada no sistema constitucionalmente adotado, no qual se contempla a desapropriação como instrumento do Poder Público para a concretização do interesse público. Por isso é que a requisição não é posta constitucionalmente como hipótese de *privação* da coisa (art. 5º, XXV), senão que limitação precária a seu direito de uso temporariamente.

Mais complicada parece ser a construção jurisprudencial para dar plena eficácia ao preceito previsto no § 4º do art. 1228 do Código Civil, pleno de conceitos indeterminados e que convertem a competência judicial em discricionariedade difícil de ser contornada, mas que, tal como se tem entendido, não pode prevalecer sem que haja critérios objetivos a serem acatados e fundamentados na decisão prolatada.

Deve ser anotado que algumas normas referentes à desapropriação e que prevaleciam com base em interpretação doutrinária e jurisprudencial oferecida ao Decreto-lei n.3.365/41 foram alteradas pela nova legislação, como o direito de reaver o bem (art. 519 do Código Civil) em retrocessão entendida como direito real e que já não mais comporta debate em face dos termos legais estritos.

VIII – O HOMEM E A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO E NO CÓDIGO CIVIL

Ao centrar o sistema constitucional no homem (o qual foi enfatizado até mesmo na topografia normativa para bem acentuar o núcleo da constru-

ção jurídica da política a ser implementada), a Constituição da República sinalizou o cuidado a ser oferecido a todas as pessoas e às formas aceitáveis de configuração social. O afeto fez-se fonte de direitos e de cuidados.

O princípio constitucional da igualdade, aquele que mais vezes foi expressamente enfatizado pelo constituinte de 1987/88, compareceu fortemente no novo Código Civil, especialmente quanto aos cônjuges, aos filhos, interferindo até mesmo na nova concepção de direitos sucessórios.

Conquanto se tenha sob questão alguns dispositivos, que têm de receber interpretação conforme para serem considerados válidos (hipótese, por exemplo, dos arts. 1565, § 2º, 1566, II, do Código Civil), é bem certo que houve a preocupação, em primeiro lugar, de se adequar e sistematizar o quanto esparso em legislação que não se coadunava com princípios ordenados e, em segundo lugar, de se formalizar o quanto aceito pela jurisprudência que tinha cuidado de dar acolhimento ao que a sociedade já absorvera pelos costumes.

CONCLUSÃO

O Direito brasileiro fez-se mais popular nos últimos anos. Poder-se-ia dizer que se democratizou, conquanto ainda não se tenha um verdadeiro sentimento de Constituição ou sentimento do Direito na sociedade. Mas transformações na raiz de modelos políticos que não contemplaram, em sua raiz histórica, a participação do povo nas formulações constitucionais e legais acabam por se fazerem mais lerdas e difíceis.

O Código Civil, que vem de iniciar a sua trajetória viva, tende a acentuar o que desde a década de 80 do séc. XX se vem mostrando: a vontade de que se mostram dispostas as pessoas de conhecer e exigir os seus direitos. Como direito ignorado é direito não reivindicado, o brasileiro busca, agora, fazer-se ciente do quanto conquistado.

As normas civis somente são válidas – como qualquer norma infraconstitucional – quando compatíveis, consoantes, conformes ao sistema constitucional, especialmente quanto aos seus princípios. Por isto é que compete aos advogados e juízes, em especial, fazer com que a interpretação a prosperar mantenha as normas recentemente iniciadas em sua vigência, a fim de que o brasileiro veja-se abrigado por direito justo e perfeitamente compatível com a Constituição, em respeito ao princípio da justiça constitucional e da segurança jurídica.

Não há leis perfeitas, por serem obras do homem, imperfeito em si e em sua criação. Fazer leis, lembrava Maquiavel, é a obra mais difícil do Príncipe. Mas o imperfeito dá-se ao aperfeiçoamento, podendo ser melhorado pelos instrumentos legítimos e, em especial, pela ação conjunta daqueles que têm a função de fazer operante, eficaz e eficiente tanto quanto o legislador em benefício da sociedade, que precisa de leis atuais para viver segundo ela. A vida não estanca perante a lei defasada da idéia de Justiça contemplada pela sociedade e esvaziada em sua eficácia social.◆

A Reforma Processual de 2002

Ligeiras Anotações

Lei nº 10.352, de 26.12.01

II - O Agravo de Instrumento

WILSON MARQUES*

Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ

ARTIGO 523 - PARÁGRAFO 2º

Agravo de Instrumento - Agravo retido

O artigo 523, parágrafo 2º, na redação que lhe deu a Lei nº 9.139, de 30.11.95, estabelecia o seguinte :

“Interposto o agravo, o juiz poderá reformar sua decisão, após ouvida a parte contrária, em cinco (5) dias”.

O dispositivo teve o mérito de deixar claro que, no agravo retido, há juízo de retratação.

A sua redação, no entanto, era ambígua.

O prazo de 5 (cinco) dias era prazo dentro do qual o juiz poderia reformar sua decisão ou era prazo dentro do qual o juiz ouviria a parte contrária ?

Como, no sistema do Código, o prazo para responder é sempre igual ao prazo para interpor recurso (argumento *ex-artigo* 508), o que afina com o princípio da igualdade das partes no processo, às vezes chamado, também, de princípio da isonomia processual, sempre entendemos que se o agravante dispõe de 10 dias para apresentar o seu recurso de agravo retido (artigo 522), diferente não pode ser o prazo de que disporá o agravado para respondê-lo.

* Do mesmo autor, na **Revista EMERJ** nº 20, p. 193-204, “A Reforma do CPC, de 2002 - I. Apelação”.

Portanto, a nosso aviso, a regra do artigo 523, parágrafo 2º, devia ser interpretada assim: o agravado poderá contraminutar o agravo retido, no prazo de 10 dias, e o juiz disporá de 5 para proferir a sua decisão.

Em um outro ponto, a redação do dispositivo também deixava a desejar: no em que dizia que “interposto o agravo, o juiz poderá reformar sua decisão, após ouvida a parte contrária, em 5 (cinco) dias”.

Teria andado melhor o legislador de 1995 se tivesse dito que “o juiz julgará o agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, após ouvir a parte contrária, no de 10 (dez)”.

Na verdade, sendo o agravo retido um recurso de efeito devolutivo diferido, ou seja recurso que somente se devolve ao órgão *ad quem* depois de julgado pelo órgão *a quo*, o que o juiz vai fazer, na oportunidade do artigo 522, parágrafo 2º, é *julgar* o agravo, ao qual dará ou negará provimento, mantendo ou reformando a sua decisão, o que mostra bem a insuficiência da fórmula que se inseriu no referido dispositivo legal.

Agora, na redação de 2002, o discutido dispositivo legal diz que “interposto o agravo, e ouvido o agravado, no prazo de 10 (dez) dias, o juiz poderá reformar a sua decisão”.

Melhorou um pouco, pois agora já não há mais dúvida possível de que o agravado dispõe do prazo de 10 (dez) dias para responder.

Não se disse qual é o prazo de que o juiz dispõe para decidir, mas isso não era necessário porque o artigo 189 estabelece que o juiz proferirá os despachos de expediente no prazo de dois dias e as decisões no de dez.

As insuficiências da fórmula “o juiz poderá reformar a sua decisão” não foram eliminadas, na nova redação do dispositivo legal em exame.

Espera-se que venham a sê-lo, na próxima vez.

ARTIGO 523 - PARÁGRAFO 4º

Agravo retido - Retenção obrigatória

De acordo com o que estabelecia o parágrafo 4º do artigo 523, na redação da Lei nº 9.139, de 1995, “será sempre retido o agravo das decisões posteriores à sentença (leia-se: proferida no processo de conhecimento!) salvo caso de inadmissão de apelação”.

Com a nova redação dada ao referido dispositivo legal, pela Lei 10.352, de 2001, será sempre retido o agravo, não só quando interponível contra decisões posteriores à sentença, como já ocorria antes, mas, também, quan-

do utilizável contra decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento – artigos 450 e seguintes.

Aludindo à audiência de instrução e julgamento, o novo dispositivo legal parece que está excluindo do seu âmbito de incidência a audiência preliminar do artigo 331, dita impropriamente audiência de conciliação, que é exatamente aquela em que serão proferidas, em maior número, decisões interlocutórias suscetíveis de serem atacadas através de recurso de agravo retido.

Com efeito, é na audiência preliminar que o juiz, não conseguindo obter a conciliação, fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, havendo, aí, portanto, campo fértil para utilização do agravo retido contra todas essas decisões proferidas na audiência de conciliação.

Desse modo, criou-se um sistema híbrido, ao que parece sem nenhuma razão justificável: a) se a decisão interlocutória foi proferida na audiência preliminar o agravo poderá ser interposto pela forma retida ou por instrumento; b) mas se proferida na audiência de instrução e julgamento só do agravo retido o interessado poderá lançar mão.

Se o que se queria era evitar a proliferação dos agravos de instrumento e estimular o uso do agravo retido, o benefício obtido podia ter sido maior.

A lei abre exceções à regra geral. Por razões que, de tão óbvias, não precisam ser declaradas expressamente, nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, o agravo interponível é o de instrumento. Igualmente naqueles em que houver receio de dano de difícil e de incerta reparação.

Sobre essa matéria – a da retenção obrigatória - a lei continha disciplina própria, para o caso de ser sumário o procedimento.

Com efeito, o artigo 280, III, na redação da Lei nº 9.245, de 26.12.93, com início de vigência a partir de 25 de fevereiro de 1996, estabelecia que *“no procedimento sumário... das decisões sobre matéria probatória, ou proferidas em audiência, o agravo será sempre retido.”*

Ocorre que a Lei nº 10.444, deu nova redação ao artigo 280; incluiu a matéria do inciso I, no caput, silenciando sobre a matéria dos incisos II e III, que assim deixaram de existir.

Eis como ficou o artigo 280 depois da Lei 10.444:

“No procedimento sumário não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro”.

Portanto, hoje em dia, o agravo, no procedimento sumário, será obrigatoriamente retido nos mesmos casos em que o será nos outros procedimentos.

ARTIGO 526

*Comunicação da interposição do agravo
ao juízo do primeiro grau de jurisdição.*

A teor do que estabelecia o artigo 526, na sua primitiva redação, “o agravante, no prazo de três dias, requererá juntada aos autos do processo, de cópia da petição de agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso”.

A lei não dizia qual era a sanção para o descumprimento do preceito.

Barbosa Moreira sustentava que “a única consequência processual da inércia do agravante, aqui, consiste (ia) em obstar ao exercício, pelo órgão *a quo*, do poder de rever a decisão agravada” (**Comentários**, volume V, 7ª edição, página 500)

Esse era, também, o pensamento, dentre outros, de Nelson Nery Júnior, de Cândido Dinamarco, de Sérgio Bermudes, de Teresa Arruda Alvim Wambier.

Entendiam diversamente Sálvio de Figueiredo, Vicente Greco Filho, Clito Fornaciari e Carreira Alvim, para os quais o descumprimento do ônus acarretava juízo negativo de admissibilidade do recurso.

Sempre entendemos que a razão estava com os últimos porque o juízo de retratação, que a comunicação possibilita, e que, se positivo, torna prejudicado o recurso, interessa não só ao agravante, como, sobretudo, ao ordenamento jurídico, sendo, pois, matéria de ordem pública, que escapa ao poder dispositivo da parte.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro chegou a tomar partido na discussão:

“Não atendido, por parte do agravante, o disposto no artigo 526 do Código de Processo Civil, o relator o inadmitirá, cabendo de tal decisão agravo regimental”. (artigo 206, § 1º)

Agora, a discussão vai terminar porque o parágrafo único, acrescido ao artigo 526, pela lei nova, estabelece claramente que a consequência do descumprimento do ônus instituído no caput é a inadmissibilidade do agravo :

“O não cumprimento do disposto neste artigo, desde que argüido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo”.

Não obstante o mérito que se lhe possa atribuir pelo fato de ter acabado com a discussão e por ter adotado a solução correta para o problema, o novo dispositivo não merece aplausos, na parte em que, sem razão justificável, condicionou o juízo de inadmissibilidade do agravo, no caso de não cumprimento do disposto no caput, à argüição e prova, pelo agravado, do descumprimento do ônus.

Tratando-se de requisito de admissibilidade do recurso, matéria da qual o juiz deve conhecer de ofício, mal se compreende por qual inusitada razão o juízo negativo de inadmissibilidade há de ficar condicionado à argüição do descumprimento do ônus, pelo agravado.

Por outro lado, se o ônus de juntar aos autos do processo a cópia da petição do agravo e seus anexos é do agravante, porque é que, ao invés de ele ter de provar que cumpriu o comando legal, é o seu adversário, ou seja o agravado que há de ter de provar o inverso, ou seja o fato negativo, o de não ter o agravante se desincumbido do ônus que lhe foi imposto pela lei ?

Espera-se que, pelo menos, se aceite como prova do descumprimento do ônus a informação do juiz, em tal sentido, veiculada nas suas informações, o que, no entanto, não será capaz de afastar o ônus da respectiva argüição, indispensável à emissão de juízo de inadmissibilidade do recurso, ao fundamento sob exame.

ARTIGO 527 - INCISO I

Agravo de Instrumento - Procedimento

O novo artigo 527, inciso I, estabelece que:

“Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído incontinenti, o relator: I: negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do artigo 557”.

O caput ao antigo 527 dizia a mesma coisa, com outras palavras:

“Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, se não for o caso de indeferimento liminar (artigo 557), o relator...”.

Portanto, até aqui nenhuma novidade.

De qualquer modo, o nosso legislador bem que podia ter sido mais cuidadoso na terminologia, usando, no lugar do horroroso “negar-lhe-á seguimento” a expressão técnica apropriada : “... o relator julgará o recurso inadmissível, liminarmente....”

INCISO II

Aqui está, senão a maior, uma das maiores novidades da lei em exame: a instituição de poder de que se investe o relator para converter o agravo de instrumento em agravo retido.

Eis a nova redação do inciso II:

“...O relator poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência, ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo-se os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente”.

Como se sabe, contra as decisões interlocutórias, o legitimado a recorrer, em princípio, pode escolher entre o agravo de instrumento - de julgamento imediato - e o agravo retido - de julgamento diferido para o momento do julgamento da apelação - .

Já vimos, anteriormente, que, por exceção, a lei contempla casos em que o agravo somente pode ser retido (decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e decisões posteriores à sentença).

Mas a regra geral continua sendo esta: o agravante pode escolher o regime a que deve ser submetido o seu agravo: o regime comum (instrumento) ou o regime especial (retido).

Agora, no entanto, a lei nova vem de introduzir importante modificação nesse sistema: o agravante continua com a opção entre o agravo retido e o agravo de instrumento, mas se ele optar pelo agravo de instrumento, o relator poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, só não podendo fazer “quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação”.

Se o juiz indeferiu determinada prova impertinente e a parte que a requereu entra com agravo de instrumento, postulando a reforma da decisão e o deferimento da prova indeferida, o relator pode converter o agravo de instrumento em agravo retido. Não se vislumbra, aqui, “provisão jurisdicional de urgência” ou “perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação”.

Mas se o juiz, ao despachar petição inicial de ação de alimentos, intentada pelo rito especial da Lei nº 5.478/68, fixou os alimentos devidos a três crianças, em quantitativo irrisório, inferior ao mínimo de que necessitam para se manterem vivas, no curso do processo, interposto o recurso de agravo

de instrumento contra tal decisão, objetivando a elevação da verba alimentar insuficiente, o relator não pode converter o recurso de agravo de instrumento em agravo retido, porque o caso é de “provisão jurisdicional de urgência” e há perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação”.

Havendo conversão, o relator manda remeter os respectivos autos ao juiz da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo ao tribunal julgar esse agravo retido como preliminar do julgamento da apelação (artigo 523).

Da decisão que determina a conversão, cabe recurso de agravo (inominado) para o órgão competente para o julgamento do agravo de instrumento. No silêncio da lei, o prazo para interposição desse recurso é de 5 (cinco) dias (argumento *ex* artigo 185).

Como é intuitivo, com a inovação procura a lei resolver ou, quando menos, atenuar o problema da plethora de agravos de instrumento.

A inovação é oportuna, mas não pode ser descartada a possibilidade que o seu uso, máxime sem as cautelas devidas, venha a produzir resultado inverso ao objetivado, onerando as partes e retardando, mais do que o suportável, o encerramento do processo.

Por exemplo:

O juiz indeferiu prova indispensável ao deslinde da controvérsia – pericial, por exemplo – ; a parte entra com agravo de instrumento; o relator converte o agravo de instrumento em agravo retido; prossegue-se, no feito, sem a produção da prova indeferida; julga-se o mérito da causa contra a parte que requereu a prova denegada; interposta apelação, o Tribunal, preliminarmente, dá provimento ao agravo retido e determina que seja produzida a prova denegada. Tudo o que se fez a partir do momento em que a prova fora indeferida está perdido e terá que ser refeito depois de produzida a prova, agora deferida: audiência, sentença etc.

Além desse inconveniente, é preciso não esquecer do outro, representado pelo acréscimo de trabalho e de despesas resultantes da utilização do agravo interponível contra a decisão que determinou a conversão.

INCISO III:

O novo inciso III estabelece que o relator “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (artigo 558), ou deferir, em antecipação da tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”.

A primeira observação a ser feita a esse dispositivo está em que o relator faz, ao abrigo do artigo 558, é “suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara”, o que não é exatamente a mesma coisa do que “atribuir efeito suspensivo ao recurso”, embora, no plano prático, acabe dando tudo na mesma.

Com o dispositivo sob exame, parece que a lei nova pretendeu resolver problema sobre o qual grassa séria controvérsia: o do chamado efeito suspensivo ativo do recurso de agravo de instrumento.

Se a decisão agravada é de conteúdo negativo – v.g. o juiz indeferiu determinada liminar - pode o relator deferi-la, no uso dos poderes que o artigo 558 lhe confere?

Sempre entendemos que não, ao argumento de que o artigo 558 só permite ao relator, através de norma de exceção, que, como tal, só pode ser interpretada restritivamente, “suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou da câmara” e suspender o cumprimento da decisão que não deu, obviamente ... não é dar.

Ao que tudo indica, com o novo texto legal o legislador, na linha da jurisprudência que majoritariamente se formara sobre a matéria, pretendeu resolver, no sentido inverso, o magno problema.

Agora, o relator poderia atribuir ao recurso de agravo de instrumento o efeito suspensivo ativo. Poderia dar a liminar que o juiz negou. Poderia substituir a negação por afirmação.

Se é isso, parece que o legislador atirou o disco muito além da meta, criando, entre nós, instituto novo: o da antecipação da tutela da pretensão recursal.

A expressão “poderá ... deferir, em antecipação de tutela... a pretensão recursal”, na sua amplitude, alcança, não somente os casos em que o juiz não deu e o recorrente pretende que se lhe dê, mas também os casos inversos, em que o juiz deu e o recorrente quer que se tire do recorrido o que lhe foi concedido.

A liminar foi deferida. O relator poderá indeferi-la. Ou então, foi indeferida. O relator poderá deferi-la.

Já não se trata mais de suspender o cumprimento da decisão agravada, até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara”.

Trata-se de autorizar o relator a julgar o agravo, isoladamente, em “antecipação de tutela da pretensão recursal”.

Em outras palavras: o que se antecipa, com base no referido dispositivo legal, não é a tutela de mérito, pleiteada na inicial - a de que trata o artigo 273 – e sim o próprio julgamento do recurso-antecipação do julgamento da “pretensão recursal”.

Esse é, também, o pensamento de Hélio José Cavalcanti Barros, *in verbis*: “Destarte, na acepção da expressão ‘deferir, em antecipação da tutela’, constante do inciso III do artigo 527 do CPC, há que se compreender uma antecipação da tutela recursal, ou seja, o deferimento de início daquilo que, no todo ou em parte, pretende-se (com) o julgamento do recurso de agravo de instrumento, e não uma antecipação de tutela de mérito como prevista no artigo 273 do Diploma Processual Civil” . **(Comentários às Alterações do CPC**, Lumen Juris, 2ª. tiragem, página 81).

Aliás, essa possibilidade de o relator julgar isoladamente o recurso de Agravo de Instrumento, mesmo fora dos casos do artigo 557, só é novidade no plano estadual, porque, nos Tribunais Superiores, já era e continua sendo assim, se de recurso interposto contra decisão denegatória de recurso especial ou extraordinário se tratar (artigo 544, parágrafo 2º).

Não diz a lei em que casos e sob quais condições o relator pode usar da faculdade que a lei lhe conferiu, o que implica em dizer que poderá fazê-lo, sempre que entender necessária a adoção da providência, em qualquer caso, independentemente de qualquer condição, salvo a que logo em seguida será indicada.

Como a lei fala em “deferir em antecipação....” o que se deve entender é que o relator não pode antecipar a tutela recursal *ex officio*.

A lei não diz que essa antecipação da tutela da pretensão recursal é provisória, nem, muito menos, que está destinada a ser substituída por tutela definitiva, a ser prestada pelo colegiado.

Isso confirma a conclusão a que antes já se chegou - a de que a lei nova simplesmente transferiu do colegiado para o relator a competência para o julgamento do recurso de agravo de instrumento.

Em homenagem ao princípio do contraditório, pensamos que o relator só poderá “antecipar a tutela da pretensão recursal”, após ouvir o agravado.

A lei não prevê recurso algum contra a decisão do relator, proferido em julgamento isolado do agravo de instrumento, mas diante do que dispõe

o Regimento Interno do nosso Tribunal, dessa decisão caberá recurso de Agravo Regimental, no prazo de 5 (cinco) dias (artigos 200 e seguintes).

INCISO IV

Sem nada lhe acrescentar ou tirar o inciso IV da lei nova repete o inciso I da lei velha, deixando a critério do relator requisitar ou não informações do juiz que, caso requisitadas, por terem sido reputadas úteis ou até indispensáveis à exata compreensão da controvérsia, deverão ser prestadas no prazo de 10 (dez) dias.

INCISO V

No inciso V, que corresponde ao III, da legislação anterior, substituiu-se a expressão ... “o relator... intimará o agravado...” por ... o relator mandará intimar o agravado...”, modificação que dispensa comentários, pois, como é óbvio, o relator não intima ninguém: manda intimar.

A outra novidade é o acréscimo que se fez, no referido dispositivo, para deixar claro que a intimação do agravado, na pessoa do seu advogado, será feita mediante publicação no órgão oficial, não apenas nas comarcas sede de tribunal, como estabelecia o antigo inciso III, mas também “naquelas cujo expediente forense for divulgado no diário oficial”.

Como se está a tratar de intimação do agravado na pessoa do seu advogado, a expressão “nas comarcas sede.... e naquelas cujo...” deve ser entendida no sentido de que a intimação será feita por intermédio de publicação do órgão oficial, se o escritório do advogado do agravado estiver localizado em comarca onde circula o órgão oficial que publica o expediente forense.

Em resumo: se o advogado do agravado tem escritório em comarca onde circula o Diário Oficial que publica o expediente forense, a intimação será feita só pela publicação.

Se o escritório do referido advogado está localizado em comarca onde não circula o Diário Oficial que publica o expediente forense, a intimação será feita “por ofício, dirigido ao advogado, sob registro e com aviso de recebimento”.

Já era assim antes, segundo o entendimento dominante, mas havia controvérsia sobre a matéria, entendendo alguns, como o Professor Barbo-

sa Moreira, que, a ser assim, o artigo 527 não precisaria dispor como dispõe. Bastaria remeter ao artigo 237 ou repetir o que neste se contém.

Agora a controvérsia acabou.

Resta apenas a referência inútil à “comarcas sede de tribunal e naquelas cujo expediente forense for divulgado no diário oficial”, pois, como é óbvio, não há comarca sede de tribunal em que não circule órgão oficial que publica o expediente forense. Portanto: se dissesse “nas comarcas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á...” já se teria dito tudo.

INCISO VI :

O novo inciso VI, que corresponde ao IV da lei anterior, estabelece o seguinte :

“Ultimadas as providências referidas nos incisos I a V (o relator) mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias.”

Trata-se de mais um dispositivo ocioso, na medida em que se é caso de intervenção do Ministério Público (artigo 82) obviamente o relator, para que seja cumprido o preceito legal, há de mandar dar vista dos autos... ao Ministério Público.

A lei não precisava declará-lo expressamente.

Mas se disse o que não precisava dizer, o legislador deixou de dizer o que precisava ser dito, para resolver questões tormentosas: 1: Quem é que decide se é o ou não caso de intervenção do Ministério Público? O relator? O próprio Ministério Público? Se for o relator, como deve este proceder se o órgão do Ministério Público se recusar a oficiar nos autos? 2: Se o agravado é o Ministério Público, a quem será feita a intimação para apresentação de razões? Ao órgão em exercício no primeiro grau de jurisdição? Ao que funciona no segundo grau de jurisdição, no próprio órgão julgador? Em ambos os casos, além das contra-razões, o Ministério Público apresentará, também, parecer, como *custos legis*? ◆

Ação Popular

NAGIB SLAIBI FILHO

Desembargador do TJ/RJ. Professor – EMERJ e UNIVERSO

1. CONCEITO

O art. 5º, inciso LXXXIII, prevê a ação popular, nos termos seguintes: *Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.*

José Afonso da Silva, em obra clássica,¹ deu conceito que então era próprio para a ordem jurídica vigente e que agora nos permitimos adaptar, em face da nova redação constitucional sobre a ação popular:

A ação popular é instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional, para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo da ilegalidade de atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

2. HISTÓRICO

Em Roma, eram conhecidas as ações populares, isto é, ações em que havia legitimação de qualquer pessoa para requerê-las visando à proteção de bens comuns, que transcendiam às do interesse individual.

Já em Roma existiam valores transindividuais e, entre tais valores, temos a liberdade, como nos conta Ihering:²

¹ José Afonso da Silva, “Da ação popular constitucional”, São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 1968.

² Rudolf Von Ihering, “**O espírito do Direito Romano**”, tradução por Rafael Benaion, Rio de Janeiro, Alba, 1943, v. I, p. 150.

A maneira de ver dos romanos... pode exprimir-se, com exatidão, dizendo que consideravam a liberdade, não como uma coisa subjetiva, um bem, uma qualidade da pessoa, mas como uma propriedade objetiva indestrutível, independente da vontade pessoal, pertencente às instituições jurídicas.

Daí se entende porque existiam ações populares com cominação de penas pecuniárias, entre as quais o *interdictum de homine libero exhibendo* (ancestral do nosso *habeas corpus*), a ação para evitar que cães, lobos e outros animais fossem levados a lugares públicos, a ação de *effusis et deiectis* (da qual ainda hoje há o disposto no art. 1.529 do Código Civil de 1916 e art. 938 do Código Civil de 2002), a ação de *positio et suspensio* (que deu origem ao tipo do art. 37 da Lei de Contravenções Penais), a ação do sepulcro violado (interesse hoje tutelado pelo tipo do art. 210 do Código Penal, que é delito de ação penal pública incondicionada) etc.

No Brasil, a Constituição do Império dispunha:

Art. 156 - Todos os Juizes de Direito, e os Officiais de Justiça são responsáveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que cometerem no exercício de seus empregos; esta responsabilidade se fará efetiva por lei regulamentar.

Art. 157 - Por suborno, peita, peculato e concussão haverá contra eles ação popular, que poderá ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do povo, guardada a ordem do processo estabelecida em lei.

O Decreto nº 2.691, de 1860, previa uma ação popular para coibir a emissão ou conservação de títulos ilegais pelos bancos, o que parece que já era também, à época, um problema freqüente...

Com a edição do Código Civil, inadmitiu-se a ação popular:

Art. 76 - Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.

Foi a Constituição de 1934 que instituiu a ação popular, na forma em que agora a conhecemos:

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança indivi-

dual e à propriedade, nos termos seguintes: ... 38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

A Constituição de 1937 foi omissa, sujeitando o instituto às mazelas da instabilidade legislativa ordinária.

As Constituições de 1946 e 1967, inclusive com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 1/69, mantiveram a ação, dispondo a Constituição revogada, em seu art. 153:

§ 31. Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

A Lei nº 4.717, de 20 de junho de 1965, oriunda de anteprojeto de Seabra Fagundes e Bilac Pinto, regulamenta o procedimento da ação popular.

3. OBJETO

Entenda-se como ato cuja lesividade ao patrimônio público poderia dar ensejo à ação popular, não só o ato administrativo, cujos elementos são conceituados no art. 2º da Lei nº 4.717/65, mas também todo e qualquer ato específico, individual e concreto, da Administração Pública, ainda que não seja manifestação de vontade, e sim, meramente, ato material.

Os atos materiais estão abrangidos no conceito constitucional, mesmo porque a própria Lei nº 4.717/65, em seu art. 4º, os aponta como consequências de atos jurídicos, como, por exemplo, a admissão de pessoa, a emissão de títulos e moedas etc.

Até a nova Constituição, restringia-se o objeto imediato da ação popular constitucional à anulação de atos lesivos ao patrimônio público. Agora, tal objeto estende-se também à proteção de outros interesses, merecendo, cada um, uma análise específica.

3.1. Anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe

Pretende-se, aí, não só a anulação do ato lesivo, como também a condenação dos responsáveis ao ressarcimento do dano, como se vê na Lei nº 4.717/65:

Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao paga-

mento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.

Art. 12. A sentença incluirá sempre, na condenação dos réus, o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como o dos honorários de advogado.

Em decorrência, na ação popular admitem-se as pretensões, embora a segunda seja acessória da primeira: 1) a desconstituição do ato estatal lesivo e ilegal e 2) a condenação dos responsáveis e beneficiários à indenização.

No regime constitucional anterior exigia-se, como pressupostos para a ação popular anulatória de atos lesivos ao patrimônio público:

a) a lesividade ao patrimônio público e b) a ilegalidade do ato.

Veja-se a lição de Pontes de Miranda:

Pressupostos Objetivos da Ação Popular. Na interpretação da regra jurídica constitucional, entende-se: ou a) que foi criada invalidade dos atos estatais por lesividade ao patrimônio da União, ou dos Estados-membros, ou dos Municípios, ou das entidades autárquicas, ou das sociedades de economia mista, ou b) que apenas se dilatou a legitimação ativa, para as ações de nulidade ou de anulação. Se a), bastaria que o ato fosse lesivo, para que nulo fosse, ou anulável. Se b), é de mister que haja a nulidade ou anulação, segundo os princípios, para que se possa propor a ação popular.³

No novo regime constitucional, parece que só há que se exigir o requisito da lesividade ao patrimônio, como a seguir se verá.

A uma, que agora é cabível ação popular para anular ato lesivo à moralidade pública, sabendo que, nem sempre, Moral confunde-se com a Lei e tanto é assim que o art. 37 da Constituição coloca, como princípios básicos da Administração Pública, tanto a legalidade como a moralidade.

³ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, “Comentários à Constituição de 1967, com a EC nº 1/69”, São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 6 tomos, 1974, 2ª edição, tomo V, p. 640.

A duas, que existe distinção, ao menos em nível constitucional, entre irregularidade e ilegalidade, como se vê nos arts. 71, II, e 74, §§ 1º e 2º.

Por último, prevê o art. 37, § 4º, que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.⁴

O interesse tutelado abrange não só o patrimônio público (ver a extensão do conceito no art. 71, II, da Constituição e no art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.717/65), como também qualquer entidade privada que tenha recebido, de forma, qualquer ingresso patrimonial público; neste aspecto, vejam-se as disposições iniciais da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que regulamenta o disposto no art. 37, § 4º, da Constituição.⁵

Embora se admitam remédios constitucionais em face de decisões jurisdicionais (como o *habeas corpus* e o mandado de segurança), a Suprema Corte entende que descabe a ação popular para impugnar decisão jurisdicional, como se vê no seguinte precedente:

Classe/Origem

AGRPET-2018/SP.

AG. REG. EM PETIÇÃO

Relator(a) Min. CELSO DE MELLO

Publicação

⁴ A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos e aos beneficiários nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta e fundacional.

⁵ Art. 1º *Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.* Art. 2º *Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.* Art. 3º *As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.*

Julgamento

22/08/2000 – Segunda Turma

Ementa

AÇÃO POPULAR PROMOVIDA CONTRA DECISÃO EMANADA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - INADMISSIBILIDADE DA AÇÃO POPULAR CONTRA ATO DE CONTEÚDO JURISDICIONAL - AÇÃO POPULAR DE QUE NÃO SE CONHECE - AGRAVO IMPROVIDO.

O PROCESSO E O JULGAMENTO DE AÇÕES POPULARES CONSTITUCIONAIS (CF, ART. 5º, LXXIII) NÃO SE INCLUEM NA ESFERA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

- O Supremo Tribunal Federal - por ausência de previsão constitucional - não dispõe de competência originária para processar e julgar ação popular promovida contra qualquer órgão ou autoridade da República, mesmo que o ato cuja invalidação se pleiteie tenha emanado do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou, ainda, de qualquer dos Tribunais Superiores da União. Jurisprudência. Doutrina.

NÃO CABE AÇÃO POPULAR CONTRA ATOS DE CONTEÚDO JURISDICIONAL.

- Revela-se inadmissível o ajuizamento de ação popular em que se postule a desconstituição de ato de conteúdo jurisdicional (AO 672-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

- Os atos de conteúdo jurisdicional - precisamente por não se revestirem de caráter administrativo - estão excluídos do âmbito de incidência da ação popular; notadamente porque se acham sujeitos a um sistema específico de impugnação, quer por via recursal, quer mediante utilização de ação rescisória. Doutrina. Jurisprudência.

Tratando-se de ato de índole jurisdicional, cumpre considerar que este, ou ainda não se tornou definitivo - podendo, em tal situação, ser contestado mediante utilização dos recursos previstos na legislação processual -, ou, então, já transitou em julgado, hipótese em que, haven-

do decisão sobre o mérito da causa, expor-se-á à possibilidade de rescisão (CPC, art. 485).

Votação: Unânime.

Resultado: Desprovido.

Veja : PET-129, PET-296, PET-352, PET-487, PET-626, AO-672, PET-682, PET-713, PET-1546, PET-1641, AGRPET-1738, RTJ-171/101, RTJ-43/129, RTJ-44/563, RTJ-50/72, RTJ-53/776, RTJ-121/17, RTJ-141/344

Justamente por esse entendimento, aliás pertinente, da Suprema Corte, deve o juiz, em ações fazendárias, zelar no sentido de evitar a homologação de transações e acordos que digam respeito a temas de interesse público, assim preservando a inteira competência administrativa dos Tribunais de Contas para que estes cumpram o seu papel constitucional descrito no art. 70 da Lei Maior.

Ainda que se veja este tema – a função jurisdicional e a despesa pública – na perspectiva da Lei de Responsabilidade, suas disposições, ainda que referentes ao Poder Judiciário, incidem quanto a este na perspectiva da administração que lhe assegura o art. 99 da Lei Maior e não afasta a interpretação da Suprema Corte, assim não havendo como se imputar a magistrado, no exercício de sua função jurisdicional e no julgamento da causa, a pecha de estar contribuindo para despesas não autorizadas por lei.⁶

Nos termos do art. 23, I, compete à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a conservação do patrimônio público, dizendo o art. 70, parágrafo único, que o dever de prestar contas abrange qualquer pessoa física

⁶ Dispõe a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências: *Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição. § 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidadas e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar. § 2º As disposições desta Lei Complementar obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. § 3º Nas referências: I - à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos: a) o Poder Executivo, o Poder Legislativo, neste abrangidos os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público; b) as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes; II - a Estados entende-se considerado o Distrito Federal; III - a Tribunais de Contas estão incluídos: Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas do Município.*

ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Hely Lopes Meirelles dá a extensão do conceito de lesão:⁷

Embora os casos mais freqüentes de lesão se refiram ao dano pecuniário, a lesividade a que alude o texto constitucional, tanto abrange o patrimônio material, quanto o moral, o estético, o espiritual, o histórico. Na verdade, tanto é lesiva ao patrimônio público a alienação de um imóvel por preço vil, realizada por favoritismo, quanto a destruição de um recanto ou de objetos sem valor econômico, mas de alto valor histórico, cultural, ecológico ou artístico para a coletividade local. Por igual, tanto lesa o patrimônio público o ato de uma autoridade que abre mão de um privilégio do Estado, ou deixa perecer um direito por incúria administrativa, como o daquele que, sem vantagem para a administração, contrai empréstimos ilegais e onerosos para a Fazenda Pública.

3.2. Anulação de ato lesivo à moralidade administrativa

Não basta que a atuação do Estado seja compatível com a mera ordem legal, emanada dos atos legislativos: é necessário que a gestão da **res publica** seja feita de forma a atender aos padrões de conduta que a comunidade, em determinado momento histórico, considere relevantes para a própria existência social.

A Constituição de 1988 não confunde moralidade e legalidade, como se vê nos arts. 37, *caput*, 14, § 10, 15, V, 37, § 4º, 55, § 1º, 85, V e 221, IV.

Hely dá a distinção feita por Welter:⁸

... a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum: ela é composta por regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa.

⁷ Hely Lopes Meirelles, **Mandado de segurança, ação popular e ação civil pública**, 11ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 85.

⁸ Hely Lopes Meirelles, **Direito Administrativo Brasileiro**, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 72.

Aliás, o mesmo administrativista nacional citou até mesmo acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, encontrado na **Revista de Direito Administrativo**, nº 89, p. 134, em que se proclamou:

O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas, por legalidade ou legitimidade, se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.

Nossos tribunais são, ainda, arredios na apreciação dos elementos subjetivos do ato administrativo e, não poucas vezes, preferem não examinar a questão proclamando que a mesma se insere no campo da discricionariedade administrativa e, assim, imune ao controle jurisdicional.

Com a Constituição de 1988, introduzindo o requisito de moralidade administrativa como essencial aos atos da Administração Pública, não terão os tribunais, em casos concretos que lhes forem submetidos, senão a alternativa de apreciar o elemento subjetivo, visando apurar se há boa administração da coisa pública, não só nos aspectos de adequação à ordem jurídica, mas também no que diz respeito aos fins e ao motivo da atuação do administrador.

Observe-se que a moralidade, aí, não é a do julgador, mas sim a dominante em determinada sociedade, em um momento histórico.

Os limites entre Direito e Moral nem sempre são evidentes:

Para uma melhor compreensão da distinção entre Direito e Moral, interessa ter presente que na racionalidade jurídica tem um lugar decisivo a tutela dos interesses, de resolução dos conflitos de interesses e de interesses juridicamente tutelados. De modo que apenas será juridicamente relevante aquela conduta que afete os interesses (ou bens) juridicamente tutelados, os lese ou ponha em perigo. Para que uma conduta seja juridicamente censurável deve afetar um dos interesses tutelados e afetá-lo numa medida socialmente relevante. Donde decorre que, mesmo quando o Direito tutela os sentimentos do povo e a “moral pública” (como freqüentemente acontece), estes valores éticos não são afinal protegidos por si mesmos, mas na medida em que a sua violação se converte numa perturbação prejudicial à sociedade como ordem de convivência. O que está em causa é mais o “dano social” que a defesa dos valores éticos por si mesmos. Por outro lado, uma excessiva tutela de normas éticas pelo Direito corre o

*risco de se converter numa tutela moral da Sociedade pelo Estado, numa “tutela” capaz de propiciar uma “pedagogização” da mesma sociedade e de promover a intolerância geral.*⁹

3.3 - Anulação de ato lesivo ao meio ambiente

O texto da nova Constituição, em seu art. 225, no que se refere à proteção ao meio ambiente, declara que *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

Como o meio ambiente é declarado bem de uso comum do povo, integra, necessariamente, o patrimônio público, em seu sentido mais abrangente, que ultrapassa o mero conceito de que o patrimônio público é o conjunto de bens estatais.

A ação popular, aqui, acaba por ter o mesmo objeto da ação pública civil (art. 1º, inciso I, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985), com a só diferença que será intentada por cidadão, em defesa de interesse difuso e público, enquanto aquela é para a legitimação do Ministério Público e de entidades públicas e privadas que estejam constituídas há mais de ano e que tenham, entre suas finalidades institucionais, a proteção do meio ambiente.

3.4. Anulação de ato contra o patrimônio histórico e cultural

Aplica-se, também neste item, o comentário feito acima, inclusive quanto à integração do patrimônio histórico e cultural no conceito mais amplo de patrimônio público e no sentido de que, também, tal bem inclui-se naqueles defendidos através da ação pública civil (art. 1º, ‘a’, inciso III, da Lei nº 7.347/85).

4. LEGITIMADO ATIVO

Legitimado ativo para a ação popular constitucional é o cidadão, isto é, aquele que, nos termos da Lei nº 4.717/65, é detentor do *status* de cidadania, a qual se comprova com o título eleitoral ou com documento que a ele corresponda.

Cidadão, para os fins da *legitimatío ad causam* para a ação popular é o eleitor, isto é, aquele inscrito na Justiça Eleitoral e habilitado para o

⁹ J. Batista Machado, **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**, 3ª reimpr., Coimbra, Livr. Almedina, 1989, p. 61.

exercício do direito de votar, ainda que não tenha aptidão para ser votado ou eleito.

Assim, se o jovem de 16 a 18 anos de idade está inscrito como eleitor, tem legitimidade para ação popular, o que compreende, também o seu poder de constituir advogado através de mandato, ainda que não tenha ele plena capacidade civil. Há quem entenda que a capacidade de estar em juízo dependerá da capacidade civil, o que conduz à situação absurda de o jovem ser capaz de votar e escolher os seus representantes e não tenha capacidade de impugnar os atos que lesionem os bens protegidos pela ação popular.

É aplicável a Súmula 365 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a pessoa jurídica não tem legitimidade para propor a ação popular, nem o terá órgão público, inclusive o Ministério Público, salvo a este o dever de atuar em substituição ao autor contumaz, como se prevê na lei específica da ação popular.

A legitimidade constitucional para a ação popular é do cidadão, descabendo ao juiz cassar tal legitimidade sob o argumento de que o interesse a ser defendido pelo cidadão não se mostra com olímpica pureza de propósitos.

Ainda assim, a causa de pedir não pode ser percebida simplesmente pelo seu aspecto formal:

*A teoria da razão suficiente ensina-nos que nada no universo acontece por si mesmo (causa sui)... Sem razão suficiente, qualquer manifestação de vontade é tão inconcebível como um movimento da matéria. Entender a liberdade da vontade no sentido de que a vontade possa manifestar-se espontaneamente, sem um motivo determinante, é acreditar que com efeito o barão de Munchausen se tirou de um atoleiro puxando pelo próprio tope-te.*¹⁰

Comentando sobre a impossibilidade do interesse ser imparcial, o signatário já teve a oportunidade de observar:¹¹

Não poucos julgadores deixam escapar, ao decidirem ações em que o cidadão ou a entidade privada atua no interesse público,

¹⁰ Rudolf von Ihering, **A evolução do Direito (Der Zweck im Recht)**, Salvador, 1953, p. 29.

¹¹ Nagib Slaibi Filho, **Sentença cível - fundamentos e técnica**, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, pp. 19/20

que estão frustrados pelo que entendem ser a parcialidade do interesse – por exemplo, é muito comum que em ação popular seja o autor o desafeto político do agente público que teria cometido o ato lesivo. Ora, o interesse é sempre parcial pois parte é aquele que tem participação no interesse. Não se pode confundir a motivação com o interesse embora toda ação humana tenha um motivo... Não há tal imparcialidade pretendida no agir individual: “A satisfação que espera aquele que quer é o fim de seu querer. Nunca a ação em si mesma é um fim, mas simplesmente um meio de o atingir. Em verdade, aquele que bebe quer beber, mas só quer beber para alcançar o resultado que desse fato espera. Por outras palavras: em cada ação nós queremos, não essa mesma ação, mas somente o efeito que dela nos resulta. Isto equivale a dizer que em toda e qualquer ação nós apenas miramos a alcançar o fim dela” (Rudolf von Ihering).

5. LEGITIMADO PASSIVO

É perfeitamente aplicável o disposto no art. 6º da Lei nº 4.717/65:

A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

§ 1º Se não houver beneficiário direto do ato lesivo, ou se for ele indeterminado ou desconhecido, a ação será proposta somente contra as outras pessoas indicadas neste artigo.

§ 2º No caso de que trata o inciso II, ítem “b”, do art. 4º, quando o valor real do bem for inferior ao da avaliação, citar-se-ão como réus, além das pessoas públicas ou privadas e entidades referidas no art. 1º, apenas os responsáveis pela avaliação inexacta e os beneficiários da mesma.

§ 3º A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

§ 4º O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade civil ou criminal dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.

§ 5º É facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular.

6 . O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Pelo dispositivo acima transcrito, vê-se que cabe ao Ministério Público o papel de *custos legis* na ação popular, em face do interesse em disputa.

Vale ressaltar que a parte final do § 4º do art. 6º da Lei nº 4.717/65 já está revogada pela Lei Orgânica do Ministério Público (Lei Complementar Federal nº 40/81) e, agora, pelo disposto no art. 127 da Constituição, que lhe assegura o papel constitucional de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como a autonomia funcional.

Em face da Lei nº 4.717/65, em caso de contumácia autoral, e não havendo outro cidadão no pólo ativo, o Ministério Público assume papel de substituto do autor, ou mais especificamente, o de verdadeiro substituto processual.

7. PROCEDIMENTO

Para a ação popular, é aplicável o procedimento previsto na Lei nº 4.717/65, inclusive quanto aos efeitos da decisão judicial quando houver improcedência por insuficiência de prova.

O procedimento ou rito da ação popular qualifica-se como ordinário, a despeito dos diversos incidentes próprios, como, por exemplo, a substituição do autor contumaz por outro cidadão e, caso ninguém se apresente, o pólo ativo da ação passará a ser ocupado pelo Ministério Público.

Relevante no procedimento da ação popular é o julgamento *secundum eventus litis*, isto é, o juiz poderá julgar improcedente a demanda com a nota de insuficiência de provas, decisão que não terá, assim, trânsito em julgado material, a admitir que nova demanda possa ser ofertada com os mesmos pedidos e causa de pedir.

8. GRATUIDADE

A Constituição, no art. 5º, inciso LXXIII, expressamente exclui o autor do pagamento das custas judiciais e do ônus da sucumbência.

A isenção das custas judiciais abrange não só as custas propriamente ditas, mas também a taxa judiciária e demais despesas, inclusive perícias e oitiva de testemunhas. Não há como dar sentido estrito à expressão custas judiciais sob pena de se tornar, até mesmo, inócua e, assim, impossibilitar a demanda que, reafirme-se, visa à satisfação de interesse público ou coletivo e não de interesse privado, pelo que não pode o autor arcar com os ônus do ingresso em juízo.

Note-se que o inciso LXXVII do art. 5º diz que serão gratuitos, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania e, entre os atos da cidadania, no sentido estrito, está, exatamente, o de fiscalizar a atuação do Poder Público.

Em face da nova redação do inciso LXXIII do art. 5º, tornar-se-á sem objeto a disposição do art. 12 da Lei nº 4.717/85, que manda que o juiz condene os réus a restituir ao autor da ação popular as despesas que adiantou.

Se o autor necessitar de advogado e não puder contratar um profissional, poderá exigir a prestação de serviço através de Defensor Público, nos termos dos arts. 5º, LXXIV, e 134.¹²

Comprovada a má-fé autoral, com o ingresso da ação com *animus* emulativo, deverá o mesmo arcar com as despesas, nos termos do art. 20 do Código de Processo Civil. ◆

¹² No Estado do Rio de Janeiro, que há décadas conta com excelente Defensoria Pública, muito se discutiu na década de 70 se poderia o Defensor Público atuar como defensor dativo do cidadão para a propositura da ação popular ou mesmo de interesses outros (como mandado de segurança) em face do próprio Estado do Rio de Janeiro e de seus agentes, pois muitos diziam que o ocupante do cargo de Defensor Público era funcionário do Estado e assim estaria proibido pela Lei da Ordem dos Advogados do Brasil de advogar contra o Poder Público... Vê-se, assim, que naquela época havia confusão entre os papéis do Defensor Público e do Advogado, o que, no regime da Constituição de 1988, não se pode mais vislumbrar.

Reflexões sobre a Imputação Objetiva

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA

*Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ
Coordenador Acadêmico da Pós-Graduação da UNESA
Professor titular de Direito Penal da UniverCidade*

IMPUTAÇÃO OBJETIVA¹

Para a teoria da imputação mais ampla, a identificação da imputação objetiva com o nexa entre ação e resultado mostra uma comentada restrição.² Em consonância com os vetustos princípios do Direito natural e da filosofia de Hegel, para os novos defensores da teoria da imputação trata-

¹ Bibliografia alemã sobre o tema: Beling, **Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre**, GS 101 (1932); Bienenfeld, **Die Haftung ohne Verschulden**, 1993; Bruns, **Ungeklärte materiell-rechtliche Fragen des Contergan-Prozesses**, Festschrift für E. Heinitz, 1972; Burgstaller, **Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht**, 1974; Buri, **Über Causalität und deren Verantwortung**, 1873; **Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen**, 1885; Caemerer, **Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht**, 1956; Engisch, **Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände**, 1931; Geilen, **Suizid und Mitverantwortung**, JZ 1974, 145; J. Glaser, **Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht**, 1858; Hardwig, **Geitrag zur Lehre vom Betrug**, GA 1956, 6; **Verursachung und Erfolgzurechnung**, JZ 1968, 289; Hartmann, **Das Kausalproblem im Strafrecht**, Strafr. Abh. Heft 27, 1900; Reinhard V. Hippel, **Gefahrurteile und Prognoseentscheidungen in der Strafrechtspraxis**, 1972; Honig, **Kausalität und objektive Zurechnung**, Festgabe für R. V. Frank, t. I, 1930; Jakobs, **Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem**, Festschrift für H. Welzel, 1974; Kahrs, **Das Vermeidbarkeitsprinzip und die conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht**, 1968; Armin Kaufmann, **Tatbestandsmässigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren**, JZ 1971, 569; Arthur Kaufmann, **Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht**, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961; Kries, **Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung**, 1886; Larenz, **Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung**, tesis Göttingen 1927; Nowakowski, **Probleme der Strafrechtsdogmatik**, JB1 1972, 19; Otto, **Kausaldiagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht**, Festschrift für R. Maurach, 1972, Grenzen der Fahrlässigkeit im Strafrecht, JuS 1974; Radbruch, **Die Lehre von der adäquaten Verursachung**, 1902; Roxin, **Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht**, Festschrift für R. Honig, 1970; **Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten**, Festschrift für W. Gallas, 1973; Samson, **Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht**, 1972; Schaffstein, **Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip...**, Festschrift für Honig, 1970; Spindel, **Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte**, tesis, Heidelberg 1948; Beihilfe und Kausalität, Festschrift für E. Dreher, 1977.

² Cf. Hruschka, **Strukturen der Zurechnung**, 1976, 2.

se de entender e definir o delito como problema de imputação de um determinado acontecimento a uma pessoa na qualidade de autor (*Urheber*) responsável pelo mesmo. Tal modelo de imputação é repetida ao curso do último século, tendo como ponto de partida o trabalho do filósofo e civilista Lorenz sobre “*A teoria da imputação em Hegel*” e “*O conceito de imputação objetiva*”³.

Aduza-se o escrito de Hardwig apresentando um modelo completo e preciso do delito como problema de imputação, em que se distinguia basicamente a imputação e a antijuridicidade e a imputação e a culpabilidade, situando neste sistema os pressupostos habituais do delito.⁴

Nos tempos atuais, assinala-se Wolter que amplia o âmbito da imputação objetiva, defendendo uma imputação objetiva e pessoal não só do resultado, mas também da conduta.⁵ O conceito global de imputação encontra maior reflexo em Jakobs, que denomina a *teoria geral das condições do delito de teoria da imputação*.

A distinção entre as várias concepções da imputação objetiva cobra desprever-se o panorama doutrinal com as objeções e acertos (teoria normativamente orientada e do resultado). Portanto, só pode ser objetivamente imputado um resultado causado pela conduta humana, quando cria um perigo juridicamente desaprovado que se realiza no resultado típico.⁶

Em síntese, bem coloca Damásio, há três vertentes em relação ao polêmico âmbito e limites de aplicação da *moderna* teoria da imputação objetiva, senão vejamos: **a)** trata da conduta causadora do risco proibido, no qual são incluídos os conceitos e critérios do risco tolerado, da criação do risco proibido, do princípio de confiança e da proibição de regresso (*Regressverbot*), isto é, a discussão da possibilidade (proibição) de “retroceder” (fundamentar a imputação) até a responsabilidade do sujeito que interveio anteriormente; **b)** tem o significado de atribuição de um resultado a quem realizou uma ação; **c)** busca resolver temas relativos à conduta e ao resultado, isto é, não se aplicam tão-só aos delitos de resultado.

³ V. Lorenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, 60.

⁴ Hardwig, *Die Zurechnung Ein Zentralproblem des Strafrechts*, 1957, 111.

⁵ Cf. Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten*, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981.

⁶ V. André Luis Callegani, *Imputação objetiva*, 2001, Belo Horizonte, 19; Damásio de Jesus, *Imputação objetiva*, Saraiva, S. Paulo, 2000, 33.

Daí teríamos **(a)** a *atipicidade da conduta* diante da *ausência* da imputação objetiva e **(b)** a *atipicidade do resultado* em razão da *inexistência* da imputação objetiva.

A imputação objetiva deve ser avaliada depois da verificação da existência do nexos de causalidade material, passando a tipicidade a ser *qualidade* do fato material e não um *elemento* do fato típico.⁷

Veremos traços da polêmica que gira ao redor da temática da teoria da imputação objetiva, elencados e destacados em cinco princípios básicos: **a)** *inexiste* imputação objetiva quando não se criou o risco desaprovado relevante; **b)** quando o autor obra com o fim de diminuir o risco maior; **c)** quando o resultado produzido não tem correlação com a criação do risco desaprovado; **d)** quando a norma não abarca o gênero da criação do risco desaprovado e suas conseqüências; **e)** quando há condições pessoais da vítima que o autor desconhece.

A pedra fundamental do debate dogmático sobre a imputação objetiva é o escrito de Honig,⁸ no qual se propõe a abordar a relação entre a ação e o resultado que desempenha um papel fundamental em plúrimos tipos penais. A doutrina reconhecia que a teoria da equivalência não enfrentava satisfatoriamente a questão, principalmente no que tange aos cursos causais completamente extraordinários. De outro lado, não era correto contemplar o dolo e a negligência como corretivos, jogando para a culpabilidade, no âmbito do entendimento neoclássico. A doutrina advogava um conceito mais limitado de causalidade no âmbito do tipo para filtrar os cursos causais, em destaque os extraordinários (ponto de vista da teoria da adequação que exigia a previsibilidade do *curso causal*). O papel de Honig é relevante no momento em que coloca em questão a categoria ontológica da causalidade diante da relação entre a ação e o resultado. Sem olvidar a contribuição de Lorenz sobre a imputação, poderíamos colocar pontos *básicos*: se o resultado pode ser obra de uma pessoa, portanto será sempre imputado. As pessoas são caracterizadas por poder configurar o mundo exterior segundo a sua vontade, razão pela qual um resultado só pode ser *configurado* se é conseqüência da manifestação da vontade de quem controla o curso causal e, por óbvio, “*pode ser entendido como disposto finalmente*” (o resultado pode ser objetivamente imputado só como fruto do acontecer causal). O

⁷ Cf. Damásio, **Imputação objetiva**, 38.

⁸ Honig, Frank-Festschrift I, 1930, 174 ss.

caso da queda do raio veio a ilustrar como *algo* não pode ser objetivamente perseguido como fim (*objektive Bezweckbarkeit*).

Sustenta Wolfgang Frisch que “a mais moderna teoria da imputação faz depender a imputação do resultado de algo que é mais do que uma mera categoria pré-jurídica de que o fim possa ser objetivamente perseguido”.⁹

O centro das argumentações a favor da imputação objetiva situa-se sob que condições a produção de um resultado pode ser atribuído ao autor. Para Honig só tem importância um momento pré-jurídico, isto é, uma realidade prévia que o Direito deve considerar. Na atualidade, são critérios jurídicos que ocupam o ponto fundamental. Diz Frisch que com a nova teoria da imputação se resolvem as questões de (a) se o resultado em sentido pré-jurídico poderá ser considerado com obra do sujeito e (b) se quando ocorrerem considerações jurídicas adicionais, estas poderiam excluir a qualificação do resultado como injusto. Os critérios são *puramente* jurídicos: o sujeito a quem se deve imputar o resultado produzido (como injusto) deve ter *criado o perigo desaprovado* de sua produção (o que compreende a idéia de que o fim possa ser perseguido objetivamente), o qual deve ser realizado no resultado.¹⁰

Para Frisch, tal esquema leva a não imputar ao autor o resultado causado (objetivamente apto para ser perseguido como fim), quando não tenha *aumentado o risco de sua produção*, mas *diminuído*. Conclui que como o ordenamento jurídico não pode proibir a *diminuição do risco*, inexistente fundamento para ser atribuída ao autor a consequência produzida como resultado do injusto. Frisch, ao abordar grupos significativos de problemas de que se ocupa *cláusula de realização do risco*, observa que se admite que o resultado produzido não deve ser imputado ao autor que o teria produzido igualmente na hipótese da conduta do autor estar ajustada ao Direito. Se a morte do paciente Caio por enfermidade que só poderia ser detectada em uma autópsia tivesse sido produzida ainda que diante do obrar médico de Tício, observada a *lex artis*, e tampouco pudesse ser evitada através de uma atuação correta, a conduta incorreta do médico Tício é casual. A opi-

⁹ W. Frisch, *Sobre o estado de la teoria del delito* (Seminário en la Universitat Pompeu Fabra), Cuadernos Civitas, 2000, 24.

¹⁰ Cf. Roxin, *Strafrecht AT*, 3ª ed., 1997, § 11, 39; Rudolph, *SK-StgB*, 6ª ed., 1997, § 1º, 57; Jakobs, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1991, 7/35; e Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1998, 18, 33.

não dominante nega a imputação do resultado nestes casos, visto que não se pode determinar que o resultado seja consequência da criação do risco desaprovado.¹¹

Uma vertente contrária é adotada pela *teoria do incremento do risco*, que defende a imputação do resultado nos casos obscuros, contrastando-se com que o autor mediante sua conduta tenha aumentado o perigo da produção do resultado.¹² Ainda, em terreno de menor controvérsia, quando se deixa o âmbito da *criação de um risco desaprovado* e se adentra no campo da *realização do risco*. Reconhecem os partidários da nova teoria da imputação que este, segundo requisito da imputação objetiva do resultado, falta sempre que o risco desaprovado criado pelo autor (a morte mediante disparo) não é o que se realiza no resultado, mas um *risco tolerado unido àquele, concretamente um risco geral de vida* (a morte da vítima Tício que foi objeto do disparo de Caio, como consequência de um acidente de trânsito da ambulância no trajeto para o hospital). Na proporção que em tais casos a *criação de um risco desaprovado* reside na lesão de uma norma contra determinadas *criações de risco* fala-se também em um curso causal que estaria mais além do fim de proteção da norma lesionada, quando se realiza o *risco acompanhante* e, estaria por tal razão, o resultado não se imputa.¹³ Podem ocorrer discrepâncias diante do âmbito de proteção de determinados tipos, quando algo pode ser visto como realização do *risco criado pelo autor* e quando isto não é possível, como nos casos de terceiro em relação à evitação de determinados perigos.¹⁴

A *teoria da imputação objetiva* não implica o abandono da *teoria finalista da ação* (presentes o dolo e a negligência como elementos subjetivos do injusto, do dolo natural e não normativo, o erro de tipo e o de proibição, a culpabilidade normativa, a potencial consciência da ilicitude), coexistindo, sem olvidar o papel da inobservância do cuidado necessário correspondente à conduta criadora de risco desaprovado. Como salienta Damásio de Jesus, na teoria da imputação objetiva, o tipo subjetivo perde substância, dando amplitude ao tipo objetivo.¹⁵

¹¹ Cf. Jakobs, **Strafrecht** HT, 7/98.

¹² Cf. Roxin, **ZStW**, 74, 1962, 411; Rudolphi, **SK-StGB**, § 1º, 65; Schünemann, JA, 1975, 647.

¹³ Neste sentido: Roxin, Schünemann e Puppe.

¹⁴ Cf. Burgstaller, **Jescheck-FS**, 1985, 357.

¹⁵ Damásio de Jesus, **Imputação Objetiva**, 150.

Roxin lembra que a velha dogmática partia da base de que com a causalidade da conduta do autor referendada pelo resultado se cumpria o tipo objetivo e, desta forma, no caso de inadequada punição, era excluída a pena nos delitos comissivos dolosos, negando-se o dolo. Dá o exemplo de Welzel de que Caio, “*ao começar uma tormenta, aconselha Tício a ir ao bosque com a esperança de que um raio o mate*”. Responde a melhor doutrina: se contra toda a probabilidade se produz efetivamente o resultado, diante da *teoria da equivalência* não há dúvida de que existe causalidade em relação a Caio que deu o conselho, porque honra a realização do tipo objetivo e, só se poderá evitar a punição, negando o dolo.¹⁶ Welzel sustenta que a *causalidade* é um momento integrante de toda a ação, ressaltando que em alguns delitos (homicídio, lesões corporais, incêndio) pode se tornar problemática em casos limites, reafirmando que “*o conceito causal não é um conceito jurídico, mas uma categoria do ser.*” Roxin diz que a fundamentação não é convincente, pois Caio “*queria indiscutivelmente o resultado produzido*” e se, apesar disso, não considerarmos correta a punição, isto se deve ao caráter *objetivamente causal* do acontecimento.¹⁷

Já Wessels recorda que uma corrente doutrinária que vê no *princípio do aumento do risco* o critério correto de imputação quer fazer depender a imputação do resultado de um risco que se realizou no decorrer do dano criado ou aumentado pelo autor, sendo discutível o fato de que as condutas devem determinar a existência do aumento do risco. Com a ajuda do *critério de imputação* se pode resolver o exemplo do raio,¹⁸ que nega aqui *excepcionalmente* a causalidade, caso venha a se realizar o resultado esperado. Outros negam o dolo de homicídio porque falta a *vontade*. Segundo a postura de Wessels, é de afirmar-se a causalidade entre a ação e o resultado, mas de se negar a imputabilidade objetiva do resultado (morte pelo raio), porque sua ocorrência se baseia em forças da natureza não mais domináveis e incalculáveis.

A jurisprudência transfere o debate da questão da *imputação* para o *plano do dolo* (erro sobre o processo causal). Caio dá uma facada na mão de Tício, que não seria letal, tendo o resultado morte só ocorrido em razão de

¹⁶ V. Welzel, **Lehbuch**, § 13, I, 2.

¹⁷ Cf. Roxin, **Derecho Penal**, § 11, B, 36, 362.

¹⁸ Baumann (LB, § 17, II, 4a).

complicações orgânicas. Quem fere corporalmente outrem se responsabiliza fundamentalmente também pelos danos posteriores decorrentes, até por erro de terceiro (ausência do cuidado no transporte para o hospital), na razão de que se associem ao precedente acontecimento causal e não se situem fora dele e, com os quais, deve contar segundo o decorrer das coisas e a experiência geral de vida. Há previsibilidade de que uma ferida se infeccione após um lesionamento perfurante. A morte de Tício, baseada neste fatos, deverá ser atribuída a Caio, como causador, respondendo por homicídio consumado.

Roxin dá novo alento à *teoria da imputação objetiva*, que entrara em decadência na segunda metade do século XIX, diante do pensamento causal ditado pelas ciências naturais, e sustenta que a imputação ao tipo objetivo pressupõe a realização de um perigo criado pelo autor e não coberto por um risco permitido dentro do alcance do tipo e que esse perigo tenha sido realizado no resultado concreto. A concepção foi por ele exposta em um artigo com o título “*Reflexões sobre a problemática da imputação no Direito Penal*” (“*Gedanken zur Problematik der Zurechnung in Strafrecht*”) e num ensaio a respeito do problema do incremento do risco em comparação à conduta alternativa conforme o Direito, escreveu “*Infração do dever e resultado nos delitos imprudentes*” (“*Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*”), daí desenvolvida por vários doutrinadores.¹⁹

No exemplo da *tormenta com a queda do raio* falta uma ação homicida, porque o fato de enviar Tício ao bosque não cria um *perigo juridicamente relevante* de matar. No caso clássico do *incêndio do hospital*, o disparo de Caio criou um *perigo não permitido* para matar a vítima Tício; todavia, só o incêndio do hospital não realiza o perigo, que parte de uma lesão em consequência do disparo, não se podendo imputar o resultado a Caio como *homicídio consumado*. Conclui que a falta de *criação do perigo* conduz à impunidade; porém, diante do exemplo, a falta da relação de perigo em uma lesão típica do bem jurídico só tem como consequência a consumação, pois o autor responde pela tentativa.

¹⁹ Burgstaller, 1974; Rudolphi, JuS 1969, 549, Schünemann, JA 1975, 435, 511, 647, 715 e 787; Stratenwerth, Gallas-FS, 1973, 227, Wolter, 1984, 103; W. Frisch, 1988; e Cataldo, 1992, citados por Roxin, **Derecho Penal**, § 11, 41, 41a, 364. Alude que pontos de partida similares encontramos na teoria do “*perigo modelo*” de Jakobs, 1972; OTTO com o princípio da “*controlabilidade*” e Toepel com o critério de “*planejamento racional*”; ainda cita Kratzsch com o seu “*controle da conduta e organização do Direito Penal*”, recorrendo a modelos da teoria sistêmica cibernética e a teoria da organização.

Assim, se o resultado se apresenta como realização do perigo criado pelo autor, é imputável, de forma que se realiza o tipo objetivo. Roxin critica a monografia de Frisch sobre a conduta típica e a imputação do resultado (“*Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung der Erfolgs*”), em que sustenta a separação entre a conduta típica e a imputação do resultado, para determinar se o autor teria criado um *risco desaprovado* e até onde chegaria ao alcance do tipo, o que não se constituiria em uma questão de imputação do resultado, mas em conduta típica. Es finaliza dizendo que a teoria da imputação pertence “unicamente ao nexo causal e de realização entre o risco desaprovado que fundamenta a conduta típica e a produção do resultado”.²⁰ Roxin, que é contra tal separação, pois “o desvalor da ação e o desvalor do resultado estão indissolavelmente vinculados entre si”²¹, conclui que, sem o resultado morte e sua imputação, inexistente ação de homicídio ou conduta típica. Cita a postura de Bastos Ramirez que declara ser a imputa-

²⁰ Cf. W. Frisch, 1988, 67.

²¹ Engisch, **Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands – und Unrechtselementen**, Festschrift für Th. Rittler, 1957; **Der Unrechtstatbestand im Strafrecht**, DJT-Festschrift, 1960; Fukuda, **Vorsatz und Fahrlässigkeit als Unrechtselemente**, Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff, Festschrift für E. Wolf, 1962, 473; Kadecka, **Gesammelte Aufsätze**, 1959; Armin Kaufmann, **Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht**, Festschrift für H. Welzel, 1964, Kienapfel, **Zur gegenwärtigen Situation der Strafrechtsdogmatik in Österreich**, JZ 1972, 569; Krauss, **Erfolgsunwert und Handlungswert im Unrecht**, ZStW 76 (1964), 919; Krümpelmann, **Die Bagatelldelikte**, 1966; **Vorsatz und Motivation**, ZStW 87 (1975), 888; E. J. Lampe, **Das personale Unrecht**, 1967; H.Lampe, **Über den personalen Unrechtsbegriff im Strafrecht**, tesis doctoral, Göttingen 1954; Lüderssen, **Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts**, ZStW 85 (1973), 288; Maihofer, **Der Unrechtsvorwurf**, Festschrift für Th. Rittler, 1957, 141; Mezger, **Die subjektiven Unrechtselemente**, GS 89 (1924), 207; Moos, **Die finale Handlungslehre**, Strafrechtliche Probleme der Gegenwart II, 1975, 5; Noll, **Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten**, 1955; Oehler, **Das objektive Zweckmoment ein der rechtswidrigen Handlung**, 1959; Otto, **Personales Unrecht, Schuld und Strafe**, ZStW 87 (1975), 539; Roxin, **Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts**, Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968, 260; Rudolphi, **Inhalt und Funktion des Handlungswerts im Rahmen der personalen Unrechtslehre**, Festschrift für R. Maurach, 1972, 1968, 260; Rudolphi, **Inhalt und Funktion des Handlungswerts im Rahmen der personalen Unrechtslehre**, Festschrift für R. Maurach, 1972, 51; Schaffstein, **Handlungswert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten**, Festschrift für H. Welzel, 1974, 557; Putative Rechtfertigungsgründe etc., MDR 1951, 196.

ção objetiva “não admissível no plano da tipicidade” (...), só tendo lugar sistemático na antijuridicidade”. A ação consiste no exercício de uma *atividade finalista*, englobando *todos os efeitos compreendidos na vontade de realização do fim almejado pelo autor que produz determinado resultado* (delitos de mera atividade e delitos de resultado). Entre a ação e o resultado dá-se uma *relação de causalidade compreendida pela vontade de realização do autor*. Quando a ação é dolosa e o resultado mais grave ocorre a título de negligência, este não pertencerá à ação e a relação de causalidade entre ambos diz respeito unicamente à existência do tipo, sendo necessário que tal resultado seja *previsível*.²²

Roxin trabalha com o *conceito de risco permitido* (socialmente tolerado). A *criação de um risco permitido* possibilita observar: **a)** a exclusão da imputação em caso de *diminuição do risco*; **b)** a exclusão da imputação se *falta a criação do perigo*; **c)** a criação do perigo e os cursos hipotéticos; **d)** a exclusão da imputação nos casos de *risco permitido*. Na realização de *risco não permitido* deve-se observar: **a)** a exclusão da imputação se falta a realização do perigo; **b)** a exclusão da imputação se *falta a realização do risco não permitido*; **c)** a exclusão da imputação no caso de resultados que *não* estão acobertados pelo fim de proteção da norma de cuidado; **d)** a conduta alternativa conforme o direito e a *teoria do incremento do risco*; **e)** a combinação da *teoria do incremento do risco* e o *fim de proteção*. Cumpre, pois, avaliar a criação de um risco não permitido: **a)** exclusão da imputação no caso de diminuição do risco: Há ausência de criação do risco e a conseqüente possibilidade de imputação, se o autor modifica o curso causal vindo a diminuir o perigo existente para a vítima, melhorando a situação do objeto da ação (v.g.: Caio cai sobre a cabeça de Tício, e ainda que não possa neutralizar, logra desviar-se para uma parte do corpo a fim de que seja menos gravosa a lesão e, apesar de sua causalidade, não comete lesão corporal). A doutrina tradicional soluciona os casos de *atenuação do risco* do ponto de vista da antijuridicidade, aceitando o *esta-*

²² Cerezo Mir, **Curso de Derecho Penal español**, 97, diz que se trata de uma restrição de imputação objetiva dos resultados, cujo lugar adequado é o tipo. Na mesma direção, Jescheck ao distinguir a imputação objetiva dos resultados típicos no conceito social da ação e no tipo: “O critério da imputação objetiva dos resultados técnicos é mais restritivo que o critério de imputação no âmbito da doutrina da ação; até o decisivo é a capacidade geral de domínio da conduta, na imputação no âmbito do tipo”, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 1966, 278(.)

do de necessidade. A melhor e mais rápida solução nos casos de *atenuação do risco* é a *exclusão da imputação*. Não é a hipótese de *substituição de um risco por outro*, cujo resultado é menos danoso para o sujeito que sofrer o perigo inicial (v.g.: Caio atira o menino Tício pela janela da casa em chamas salvando-o da morte, mas causando-lhe lesões corporais). Na doutrina tradicional, Caio estaria *justificado pelo consentimento presumido* ou pelo *estado de necessidade*;²³ **b)** *exclusão da imputação se falta a criação de perigo*: Deve-se afastar a imputação ao tipo objetivo quando o autor não tenha diminuído o risco de lesão de um bem jurídico, mas não o tenha aumentado de modo juridicamente considerável (v.g.: *o caso da tormenta*, condutas que em casos excepcionais possam causar acidentes). O Direito não toma em conta mínimos *riscos socialmente adequados*, não sendo imputável uma causação do resultado produzido pelos mesmos. A questão da imputação da criação ou aumento de risco coincide com a *teoria da adequação* e com o princípio desenvolvido por Lorenz (1927) e Honig²⁴ da *previsibilidade objetiva*. Observa Roxin que uma conduta que não coloca em *perigo de modo relevante* um bem jurídico, só poderá aceitar por causalidade o resultado, porém para discutir uma *pragnose objetivo-extrema*, tudo depende de ser um “*observador antes do fato*”. Assim, considerado que a correspondente conduta é arriscada ou que aumenta o perigo, fala em dotar de consciência da possibilidade de criação de risco o “*observador eventual de saber do caso concreto*” (v.g.: Caio aconselha Tício a dar um passeio, sabendo que no caminho estará um desafeto homicida, *criando um perigo*, e responderá por homicídio no caso de vir a seu morto.); **c)** *criação de perigo e cursos causais hipotéticos*: Outra questão aflorada diz respeito até que ponto deve-se levar em conta os cursos *hipotéticos causais sobre a criação ou aumento do risco*. Nos delitos comissivos, os *cursos causais hipotéticos são irrelevantes*, como regra geral; porém, nada impede atribuir-lhes um efeito excludente da imputação. A imputação de um atuar antijurídico do tipo não pode ser excluída porque estava disposto um substituto que, em caso de falhar o agente, assumiria o fato (*princípio da assunção*). Roxin cita casos de fuzilamentos antijurídicos na guerra em que o autor não pode exonerar-se da imputação, pois se não a

²³ Neste sentido: Jescheck, Otto Rudolphi, Stratenwerth e Wessels.

²⁴ Honig, Frank-FS, 1930, t1, 174.

realiza; outro levaria a cabo o fuzilamento. O ordenamento jurídico *não pode retirar proibições* sob a alegação de que outro as infringiria, criando um *biel* de impunidade. O resultado realizado é a realização de um *perigo criado exclusivamente pelo autor* e é o *único* que pode ter em conta os aspectos normativos. A imputação se exclui quando o autor unicamente modifica a causalidade natural, sem piorar a situação da vítima em seu conjunto. Dado que, no *caso de diminuição do risco*, todos os modos dos *cursos causais hipotéticos* se convertem em *relevantes* para a imputação, havendo boas razões para imputar a modificação das causalidades naturais tão-só se com o dano aumenta ou se antecipa no tempo, isto é, se intensifica (*princípio da intensificação*). Se com sua atuação Caio queria criar um dano adicional à sua vítima, e logra a modificação do resultado inócuo, segue podendo ter que responder em caso de tentativa. A substituição de uma causalidade natural por uma ação humana aparece como uma atuação lesiva autônoma. Conclui que os *cursos causais hipotéticos*, às vezes, influenciam a *criação do perigo* e com ele sobre a imputação ao tipo, mas na maioria dos casos as deixam intactas.²⁵

Não haveria qualquer contradição com o conceito de *criação do perigo*, porque redizer que é um *perigo juridicamente relevante* não é um questão de lógica ou das ciências naturais, mas no discurso de Roxin, uma valoração de política criminal, a qual se conduz por plúrimas vertentes. Kaufmann desenvolveu uma concepção autônoma e distinta sobre o significado dos *cases* causais hipotéticos para a imputação, seguindo a jurisprudência civil germânica sobre a reparação de danos. Sua tese, citada por Roxin, resume-se: “*Se a ação do autor que causa o resultado delitivo afeta um objeto, em que neste momento uma evolução conduzente ao mesmo resultado que tenha alcançado uma medida tal, que segundo o critério humano era esperável a produção do resultado independentemente da conduta antijurídica do autor, faltará o desvalor do resultado e com ele parte do tipo de injusto*”.²⁶ Conclui Roxin que a falta do desvalor do resultado dará a *impunidade* dos delitos negligentes e nos fatos dolosos em razão da existência do desvalor da ação, só caberia a recuperação a título de *tentativa*; devendo ser rechaçada tal concepção.²⁷ Cita tam-

²⁵ V. Samson, *Hypotetische Kauselferläufen im Strafrecht*, 1972.

²⁶ Cf. Arth. Kaufmann, Eb. Schmidt-FS, 1961, 200-229.

²⁷ Cf. Roxin, *Derecho Penal*, § 11, 54, 370; ZStW74, 1962, 425.

bém o exemplo de Caio e Tício: dois moribundos podem ser mortos por negligência de médicos ou do pessoal de enfermagem do hospital, pois ficariam impunes e, no caso de atuar doloso, configuraria homicídio tentado, violando o *princípio de proteção integral da vida humana* enquanto presente; **d**) exclusão da imputação nos casos de risco permitido: Entende-se por *risco permitido* uma conduta que cria um *risco juridicamente relevante*, mas que de modo geral é permitida, independentemente do caso concreto, diferenciando-se das *causas de justificação*. Como afirma Roxin, mesmo que o autor tivesse *criado um risco relevante*, a imputação diante do *risco permitido* ficará excluída. A doutrina em relação ao *thema* não oferta uma posição sistemática isenta de dúvidas: **a**) uma vertente a equipara totalmente à adequação social;²⁸ **b**) outro setor separa a adequação social e utiliza casos de *consentimento em uma atuação negligente*;²⁹ ou como princípio estrutural comum a diversas *causas de justificação*;³⁰ **c**) há outros vetores que negam em tais situações toda relevância do risco permitido nos delitos dolosos, só se recorrendo como *causa de justificação* nos tipos negligentes.

Como crítica, salienta Roxin que se desejarmos solucionar casos do *risco permitido* no marco das *causas de justificação reconhecidas*, não é necessário tal conceito como instituto jurídico autônomo.³¹ O exemplo do *risco permitido* está na condução de veículo observadas as normas do Código de Trânsito. Há risco *se relevante à vida*, à saúde e aos bens materiais e, não obstante, o legislador permite o tráfego, observadas as normas de cautela, diante da exigência do bem comum.

Finaliza Roxin observando que a diferença entre a *causa de justificação* e o estado de necessidade “*não necessita de uma ponderação de interesses no caso concreto que pode levar a diversos resultados, segundo o peso dos interesses em conflito*” e, assim, “*...com a manutenção dentro do risco permitido impede a imputação do tipo objetivo*”, e “*dentro do âmbito do risco permitido entra todo o tráfego público, o*

²⁸V. Englisch, **Deutscher Juristentag-FS**, I, 1960, 417; Welzel, *Strafrecht*, 1987, 188.

²⁹V. Jeschek, **Allgemeiner Teil**, § 36 I, 1.

³⁰ V. Schönke-Schröder-Lenckner, **Kommentar**, 24ª, 1991, § 31, 1075. Binching também sustenta a idéia de risco medido no campo de justificação dos fatos negligentes – **Die Normen**, t. IV, 1919, 433.

³¹ Cf. Roxin, **Derecho Penal**, § 11, 57, 371.

*funcionamento de instalações industriais, a prática de esportes que impliquem risco, as intervenções médicas curativas do campo da lex artis...”. A delimitação do risco permitido nos exemplos citados não cria *per se* um risco relevante, mas para a teoria da imputação, tanto a falta de criação do perigo como a causação dentro da faixa de risco permitido impedem a realização do tipo objetivo.³²*

Hipóteses em casos de realização de risco não permitido: a) exclusão da imputação nos casos de risco permitido. A imputação é excluída ainda que o risco seja relevante, se é permitido. A imputação ao tipo objetivo pressupõe que no resultado se tenha realizado precisamente o *risco não permitido causado pelo autor*. Citam-se as hipóteses em delito doloso em que no primeiro momento configura-se a fase da tentativa, para logo depois haver a provocação do resultado como consequência de um curso causal imprescindível (v.g.: Caio, vítima de uma tentativa de homicídio praticado por Tício, não morre no próprio atentado, mas no incêndio no hospital para o qual fora removido). Não se poderá interpretar o *resultado morte* porque não supõe a *realização do perigo criado*, respondendo Tício pela *tentativa de homicídio* e não por *homicídio consumado*. Segundo a doutrina tradicional, diante da questão do dolo, mas como sustenta Roxin, “*é uma questão pertinente à realização do tipo objetivo*”.³³

O exame da realização do perigo é prévio no curso dos fatos realmente produzidos, devendo a avaliação ser elaborada através de um juízo de perigo que deve efetuar-se diante da ação do autor (v.g.: efetuado o disparo de arma de fogo por Caio contra Tício foi *umentado o perigo de sua morte no incêndio de forma avaliável*? A resposta é negativa. O fato do incêndio do hospital *per se* é acidental e deve ser negada a realização do perigo e da imputação do resultado. Conclui Roxin que não se despreza a forma inversa, pois não são depreciáveis os *desvios causais* e, assim, deve ser imputado o resultado se a ação da tentativa *umentou o perigo do curso causal subsequente* de modo juridicamente relevante e, portanto, o resultado é uma realização adequada ao *perigo criado pela tentativa*.³⁴

³² Cf. Roxin, **Derecho Penal**, § 11, 57, 372.

³³ Diz Roxin que tal concepção está se impondo na doutrina dominante, freqüentemente se destacando a questão do dolo que só poderia ser colocado quando da possibilidade da afirmação da imputação objetiva. *Neste sentido*: Jeschek, Maurach-Zitt, Schmidhäuser, Rudolphi, Wessels, Stratinwerth e W. Frisch. “Contra a imputação objetiva no delito do dolo”; Amin Kaufmann, *in Jescheck-FS*, 1985, 251; Roxin, **Derecho Penal**, § 11, 59, nota 93, 373.

³⁴ Cf. Roxin, **Derecho Penal**, § 11, 59-60, 373-374.

Cita a doutrina dois clássicos exemplos: **a)** Caio atira Tício da ponte Rio-Niterói, o qual não sabe nadar e pela altura não terá chances de sobrevivência, a fim de matá-lo por afogamento. Contudo, pelo vento deslocado no percurso de queda do corpo, bate com a cabeça no pilar da ponte e vem imediatamente a falecer em razão de traumatismo craniano. Assim, o resultado não é *causal*; em que pese o desvio causal, deve-se imputar à ação de Caio o *homicídio consumado*; **b)** Mélvio chega ao hospital com um envenenamento por vitaminas causado por ato negligente do farmacêutico Semprônio e ali vem a falecer por uma infecção gripal, não de responsabilidade do hospital. No caso, há necessidade de ser efetuada uma investigação para saber se a imputação do resultado depende do diagnóstico para se saber se a infecção e a morte por gripe são consequência da debilidade orgânica do paciente condicionado por elementos do envenenamento. Em caso afirmativo, o farmacêutico Semprônio *criou o perigo* e deve ser condenado por *homicídio negligente*; em caso contrário, só ocorrerão *lesões corporais*. Conclui Roxin que “a causa do perigo deve produzir a causa da imputação objetiva”, “o que não significa que esteja **ex ipso** decidida a imputação ao tipo subjetivo e que a realização do tipo objetivo deixa aberta a possibilidade de que só exista uma provocação negligente do resultado.”³⁵ ; **b)** *exclusão da imputação se falta a realização do risco não permitido*. Nos casos de *risco não permitido*, a imputação ao tipo objetivo pressupõe que se *reduza o limite de autorização* e, por consequência, a *criação de um perigo não permitido* que depende das diversas graduações nos casos concretos.³⁶ Cita-se o seguinte exemplo doutrinário: Caio, diretor de uma fábrica de pincéis ministra às suas operárias pêlos de “cabra da china” para a sua feitura, sem ter anteriormente desinfetado-os, vindo as mesmas a falecer intoxicadas. No inquérito policial resultou comprovado que o desinfetante recomendado não era eficaz contra o bacilo letal, não conhecido no momento. Os doutrinadores resolvem a questão da seguinte forma: Caio, ao omitir uma avaliação prévia *criou um grande perigo*, mas não havia como provar, se não fora realizada. Se o resultado é imputado e se pune a violação do dever de cuidado, tal cumprimento é inútil. Se o curso dos fatos coincide com o que fora produzido direto do *limites do risco permitido*, “*não se poderia manejar de modo distinto a imputação do resultado*.”³⁷ Se o fabricante dos pincéis tiver o dolo de

³⁵ Cf. Roxin, **Derecho Penal**, § 11, 62, 375.

³⁶ *Neste sentido*: Roxin, Rudolphini, Schmidhäuser, Wolter e Eber-Kühl etc.

³⁷ Cf. Roxin, **Derecho Penal**, § 11, 64-65, 375-376; v. nota 96: Roxin, ZStW14, 1962, 432-437; **Problemas básicos**, 1976, 168-173. **Princípio do tratamento igual**: Küper, Lackner-FS, 1987, 256; *Negam o desvalor do resultado e aceitam o risco permitido (tolerado) diante da ausência do dever de cuidado do autor*: Schönke-Schröder-Luckner; W. Frisch, 1988, 529-534, opina que o resultado não é apropriado para clarificar as consequências do fato e o desvalor da conduta e o sentido de observância dos requisitos exigíveis à mesma.

homicídio, só poderia ser punido por tentativa e, na hipótese mais real, de negligência; **c)** *exclusão da imputação no caso de resultados que não estão cobertos pelo fim de proteção da norma de cuidado*: Roxin lembra que há casos em que a “*superação do risco permitido de entrada*” aumenta o perigo de um curso do fato com o que logo é produzido, mas que descabe a imputação objetiva do resultado. (vg.: o dentista Caio faz extrações em Mary May sob anestesia geral, que vem a falecer de ataque cardíaco. Ainda que a mesma tivesse avisado antes que tinha “*algo no coração*”, o dentista havia omitido a exigência da presença de um especialista, como requeria o dever de cuidado. Todavia, não se pode supor que na verificação de um especialista não se descobriria qualquer doença cardíaca, mas é correto que devido ao atraso causado pela intervenção do especialista, Mary May teria falecido mais tarde diante do estágio da doença cardíaca). Lógico que o dever de consultar o médico cardiologista não tinha por finalidade prolongar a vida por certo tempo. Assim, não realizado o perigo que teria que ser previsto diante do dever de cuidado, *inexiste* imputação objetiva. Roxin reafirma que com a *realização do risco não permitido* sucede algo diverso da *realização geral do risco*, que só depende da *adequação* ou *previsibilidade do curso causal*, e que, também, se formula a ausência de “*nexo causal*” e “*se pode dizer que o fim da proteção da norma não abarca a concreta forma de produção do resultado*”.

Se não é consciente da realização do *risco não permitido*, estamos diante do *fim de proteção da norma de cuidado* limitadora do *risco de proteção* (dever de consultar o cardiologista);³⁸ **d)** *Conduta alternativa conforme o direito e a teoria do incerto de Roxin*: Discute-se em conexão com a *idéia de risco* a questão de que se deva *imputar o resultado* quando mediante uma *conduta alternativa* conforme o Direito, o *risco poderia ter sido evitado*, não com segurança, senão *provável* ou *possivelmente* (v.g.: Caio, condutor de um caminhão, quer passar à frente do ciclista Tício, mas ao efetuar a ultrapassagem não guarda a separação lateral determinada. Durante a efetuação da ultrapassagem, o ciclista Tício, embriagado, gira a bicicleta ao contrário, por reação de curto-circuito provocada pelo estado etílico e cai sob as rodas traseiras do caminhão. O acidente *provavelmente* ocorreria, ainda que Caio tivesse guardado a dis-

³⁸ Cf. Roxin, **Derecho Penal**, § 11, 70-71, 378.

tância regulamentar de separação suficiente). A imputação da conduta é excluída se a mesma é *alternativa* conforme o Direito, se tivesse conduzido com segurança ao mesmo resultado, “(...) pois não haveria realizado a superação do risco permitido no curso do acontecimento.”³⁹

A “teoria do incremento do risco”, fundada por Roxin, tem cada vez mais adeptos.⁴⁰

Não se pode *decompor o risco* em um *quantum* permitido e outro proibido e exigir uma comprovação da causalidade separada para cada um, seguindo o fim de proteção da norma de cuidado, que também é *relevante* para a questão da realização ou não de um *perigo não permitido*. Para o argumento junto ao princípio *in dubio pro reo*, contra a *teoria do incremento do risco*, afirma Roxin que esta transforma os *delitos de resultado* em *delitos de perigo*: “(...)esta objeção é incorreta, a imputação de um resultado ao tipo objetivo sempre se produz somente mediante colocar em perigo criado pelo autor”. A questão de que se ocorre um incremento do risco deve ser avaliada como na realização do perigo *ex post*.

Para o *incremento do risco*, conforme critérios normativos, deve ser examinada a norma formulada *ex ante*, operando também sobre a base do conhecimento *ex post*, para ser reconhecida como uma *proibição* no sentido de que reduza o *risco do resultado* (*imputação do resultado*). Questão relevante entre os adeptos da *teoria do incremento do risco* é a de se saber qual deve ser a decisão quando não se pode comprovar se a conduta proibida criou ou não um perigo maior e que houver observado o *risco permitido*. A vertente dominante pretende aderir ao princípio *in dubio pro reo* e afastar um *incremento do risco* e conseqüentemente a *imputação objetiva*. Para Roxin, o ordenamento jurídico não deve tolerar “uma conduta possivelmente estagnando os riscos dados no caso o observador das normas de cuidado”.⁴¹ Finaliza considerando que os casos de conduta alternativa, conforme o Direito, estão próximas aos *cursos causais hipotéticos* relevantes para uma imputação, diferenciando-se no que tange à causalidade, predisposta “*senão de uma causalidade hipotética imaginada a efeitos comparativos e que serve para conseguir um juízo normativo de incremento do perigo.*”⁴²

³⁹ Cf. Roxin, **Derecho Penal**, § 11, 72, 379.

⁴⁰ Burgstaller, Eber-Kühl, Jeschek, Lackner, Kienapfel, Küper, Otto, Puppe, Rudolphi, Schaffstein, Schünemann, Stratenwerth, Walder, Wolter, Brammsen, Kahrs, Seebald, Maurach-Gössel e Lampe.

⁴¹ Roxin, **Derecho Penal**, § 11, 78, 382.

⁴² Cf. Roxin, **Derecho Penal**, § 11, 78, 383.

Para tais críticos, a impossibilidade da tomada de posição sobre a *criação do perigo desaprovado* conduz ao supérfluo da teoria da imputação. Para Kaufmann, a impossibilidade de se realizar um juízo puramente objetivo de criação de um perigo desaprovado se deve a que a questão da permissão ou proibição de uma determinada ação depende *também* de conhecimentos do autor.⁴³ (V.g.: se Caio empresta seu veículo a Tício e posteriormente ocorre um atropelamento com a morte de Mélvio, devido a defeito mecânico no freio, cabe a indagação de se na entrega do veículo existiu ou não uma *criação de perigo desaprovado*. A resposta: dependerá dos conhecimentos que Tício recebera de Caio e o que realiza, pois, se conhece tal defeito na entrega, haveria um risco desaprovado; caso contrário, é outra a solução. Volta-se no âmbito da *avaliação subjetiva*, o juízo de perigo se torna desnecessário.)

No campo do delito doloso, os críticos da teoria da imputação objetiva permitem o efeito filtrante do dolo e dos critérios de autoria.⁴⁴ Nos casos da produção previsível ou aceita do resultado, através da conduta auto-responsável da vítima ou de terceiro, exclui-se a autoria dolosa precisamente pela *ausência do domínio* do fato pela parte causante. Muitas das objeções estão superadas como a de que a teoria da imputação é desnecessária no caso do delito negligente diante da mesma resposta pela ferramenta doutrinária tradicional. Assim, a objeção ficaria no campo terminológico.

Por último, em síntese dentro dos limites do campo de abordagem, para formular a crítica da teoria da imputação objetiva, inicialmente, deve-se registrar a expressa rejeição dos partidários da teoria final da ação, pois seus adeptos sustentam que conceitos como *criação do perigo desaprovado* e, em parte, *realização do risco*, são uma normatização encoberta do Direito Penal e que se abriria o caminho da insegurança jurídica.⁴⁵

Questiona-se a possibilidade da *teoria da imputação objetiva* filtrar determinadas *criações de perigos* e, como conseqüência, da ausência da criação constatável de um perigo desaprovado.⁴⁶ Um específico juízo obje-

⁴³ Cf. Amin Kaufmann, *Jeschek-Festschrift*, 266; e Strunsee, *GA*, 1987, 97-99-105.

⁴⁴ Cf. Küpper, *Strafrechts dogmatik*, 92-100.

⁴⁵ Cf. Küpper, *Strafrechtsdogmatik*, 93-100.

⁴⁶ V. Amin Kaufmann, *Jeschek-Fes.*, 251-265; Streensee, “*El tipo subjetivo del delito imprudente*”, in *ADPCP*, 1987, trad. Colntreras-Murillo, 424; Roxin, “*Finalidad y imputación objetiva*”, in *CPL*, 1990, 131; e in A. Kaufmann-Gedächtnisschrift, 1989.

tivo de perigo seria totalmente supérfluo, no âmbito do delito doloso e, em algumas situações fáticas, surgiria a problemática do tipo e da antijuridicidade. A questão da *criação do perigo* requer um juízo de antijuridicidade que vai mais além do tipo.⁴⁷

Frisch, um de seus defensores, sustenta **(a)** que não se pode renunciar ao requisito da *criação de um perigo especial* (desaprovado), “*cujo conteúdo é que a conduta que conduz ao resultado típico deve apresentar-se como criação de um perigo desaprovado*”; **(b)** a impossibilidade de *renúncia ao requisito da realização do perigo desaprovado no resultado* (se o que se realiza é um curso causal que está fora da base da legitimação da limitação da liberdade e da proibição, o que se realiza é um *risco acompanhante tolerado* ou um *risco geral da vida*, de maneira que o resultado produzido não pode ser definido como injusto em sentido de lesão ao bem jurídico)⁴⁸.

Nos casos de *delito consumado*, a questão não depende do elemento objetivo ou subjetivo, o objetivo é que terá de existir. O poder final sobre o fato que está contido no dolo como vontade livre e consciente da realização típica tem que ocorrer, e o autor há que ter o *domínio real* sobre o fato no caso de atuação de terceiro. O curso causal deve ser objetivamente previsível e congruente nas hipóteses de curso causal distinto do representado. Ao fazer a análise, diz Frisch que os opositores da *teoria da imputação objetiva* operam com requisitos objetivos, embora sediados no marco subjetivo.⁴⁹ Conclui que a crítica aos pressupostos materiais da teoria da imputação objetiva no questionamento dos finalistas resulta “*em grande parte injustificada*”, sendo correta no âmbito da *imputação do resultado*.

A aplicação da *teoria da imputação objetiva* fica limitada: **(a)** à presença da causalidade material entre a conduta e o resultado nos delitos materiais, **(b)** na *criação do risco desaprovado* e **(c)** na existência da efetiva correspondência entre o resultado *jurídico* e o perigo desaprovado.⁵⁰ Inexiste imputação objetiva na hipótese **(a)** de o sujeito não ter criado o risco com seu obrar; **(b)** se o criou, era permitido; **(c)** não era relevante; **(d)** não houve a produção de resultado jurídico; **(e)** o resultado jurídico está

⁴⁷ V. Stratenwerth, *Strafrecht*, ATI, 3ª ed., 1981, 348; Maiwald, Miyazawa-Fes., 476.

⁴⁸ Cf. Wolfgang Frisch, *Sobre o estado da teoria del delito*, 50.

⁴⁹ Cf. Wolfgang Frisch, *Sobre o estado da teoria del delito*, 54.

⁵⁰ Neste sentido: Damásio de Jesus, Bacigalupo, Wessels, Frisch, André Luís Callegani etc.

fora da esfera de proteção do bem jurídico; e (f) o autor procurou diminuir o risco desaprovado.⁵¹

A teoria da imputação objetiva não está concluída, porém a nova roupagem está bem transparente em seus questionamentos, compreendida globalisticamente no contexto das exigências de natureza objetiva para a configuração típica no âmbito do patamar da teoria do delito.⁵² Sem a realização de um perigo não coberto pelo risco permitido aplica-se a regra geral da imputação ao tipo objetivo. ◆

⁵¹ V. Damásio de Jesus, **Imputação objetiva**, 70.

⁵² Consultem-se: Fernando Galvão, **Imputação objetiva**, Mandamentos, 2ª ed., Belo Horizonte, 2002; André Luís Callegani, **Imputação objetiva**, Livraria do Advogado/Editora, Porto Alegre, 2001; Damásio de Jesus, **Imputação objetiva**, Saraiva, 2000; Guilherme Madeira Dezem, “Teoria da Imputação objetiva; bases para uma nova redação de causalidade?” **Boletim do Instituto Manuel Pedro Pimentel**, São Paulo, dez., 1998, 6:9.

Juizados Criminais: Novos Atores e Novos Princípios para uma Justiça Efetiva

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO

Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor do Mestrado da Universidade Estácio de Sá e de Direito Processual Penal da EMERJ

I. INTRODUÇÃO

Ultimamente tem-se voltado ao tema do ativismo judicial com bastante frequência. Se a origem da expressão é atribuída ao controle jurisdicional da Suprema Corte norte-americana sobre atos do Executivo e do Legislativo, atualmente, e particularmente no Brasil, ativismo judicial tem recebido múltiplos significados.

A própria concepção original da expressão - controle da constitucionalidade e da razoabilidade das leis e de atos normativos do Poder Público – ganhou nova dimensão a partir da Constituição de 1988 e de posteriores emendas constitucionais e leis que introduziram outras medidas judiciais de controle da constitucionalidade (ação de descumprimento de preceito fundamental e ação declaratória de constitucionalidade¹).

Ao lado dessa nova dimensão, outros significados de ativismo judicial tem-se juntado à concepção tradicional. A partir da edição de algumas leis na década de 90, especialmente a que regulou o Código do Consumidor e, agora, o Código Civil de 2002, o sistema de responsabilidade civil foi totalmente remodelado, ensejando uma nova e mais justa divisão de encargos pelos riscos de certas atividades, bem como de encargos probatórios entre as partes do processo, com a introdução de várias hipóteses de responsabilidade objetiva ou de responsabilidade presumida. Ao lado desse novo sistema, tratou-se da desconsideração da personalidade jurídica, em determinados casos, de modo a proteger mais eficazmente o consumidor.

¹ Não se deve olvidar, contudo, da crítica doutrinária acerca da ação declaratória de constitucionalidade por diminuir o campo de controle difuso da constitucionalidade e, por isso, em certa medida, reduzir o próprio ativismo judicial. Cfr. Jorge Miranda, **Teoria do Estado e da Constituição**, p. 509, 2002, Ed. Forense.

Também no campo do processo civil percebeu-se mais uma emanção de uma espécie de ativismo judicial. A Lei nº 9.099/95, que introduziu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, permitiu cogitar-se de uma nova postura do magistrado brasileiro na presidência do processo civil, de modo a legitimar-lhe uma interação mais profunda com as partes e a conferir-lhe maior poder no tocante ao procedimento probatório, com vistas à igualização das partes em litígio. O artigo 5º da referida lei assegura ao juiz a prerrogativa de dirigir o processo com ampla liberdade quanto à instrução probatória e, em especial, para aplicar as regras de experiência comum ou técnica. O artigo 6º, por sua vez, permite ao Juiz adotar a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, reproduzindo lapidar disposição da Lei de Introdução ao Código Civil, tão solapada por sucessivas leis que negam ao magistrado qualquer espaço para a equidade e que lhe exigem agir de acordo com critérios de legalidade estrita.

Do mesmo modo, as reformas promovidas no Código de Processo Civil voltaram-se para conferir maior efetividade e presteza ao comando judicial, sendo de destacar-se o instituto da antecipação da tutela.

A tudo presidiria o ideal de realização do justo e a busca da efetividade do direito material invocado.

Esse conjunto de instrumentos legais enseja a adoção de posturas ético-profissionais que permitem ao magistrado aproximar-se da verdade real na medida em que participa mais intensamente do procedimento probatório. A possibilidade de inversão do ônus probatório, por exemplo, afasta a clássica e confortável equidistância que impunha ao magistrado assistir, como espectador indiferente, o anunciado fracasso de uma das partes em se desincumbir de seu ônus probatório, quando todos sabiam previamente que ela seria absolutamente incapaz de obter a prova necessária para a sua pretensão.

Enfim, o que se tem visto, especialmente no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis - que são os órgãos encarregados de boa parte dos conflitos oriundos das relações de consumo regidas pelo Código do Consumidor - é que eles estão fazendo justiça efetivamente, na medida em que seus Juízes têm maior possibilidade de interagir com as partes e com a prova, com o fim de prolatar sentenças mais justas, bem como têm mais instrumentos legais para assegurar o efetivo cumprimento de suas sentenças.

Os Juizados Especiais Cíveis só não fazem mais porque limitações estruturais não lhe permitem. O excesso de demandas, geralmente dos mesmos réus recalcitrantes, e a imprevisão da legislação quanto a essa reincidência deliberada e consciente, têm contribuído para emperrar cada vez mais o sistema.

Desse ativismo judicial nasce um novo Juiz e um novo Judiciário, com missões políticas e sociais bem mais profundas².

A questão que se põe, agora, é se um tipo especial de ativismo judicial pode ser adotado no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

II. JUIZ PENAL E ATIVISMO JUDICIAL

De início, cumpre alertar que o proposto ativismo judicial em nada maculará o sistema acusatório, nem a imparcialidade que o Juiz penal deve guardar em relação à causa. A preservação do sistema acusatório é uma questão fechada com a qual não se pode transigir.

O tema é altamente polêmico e um pouco revolucionário. Durante séculos reivindicou-se demarcar precisamente o papel do Juiz no processo criminal, afastando-o inteiramente da investigação penal. A figura do juiz inquisidor está em declínio na maioria dos países do Ocidente, resultado do trunfo do sistema acusatório sobre o sistema inquisitivo.

No Brasil, deixamos há pouco tempo o sistema inquisitivo, graças à Constituição de 1988 que significou o rompimento do processo penal brasileiro com os institutos inquisitoriais do Código de Processo Penal, ainda que existam algumas recaídas tanto por parte do legislador como da jurisprudência.

Não se pretende, assim, alterar um milímetro sequer dessa base conceitual, representada pelo sistema acusatório. Mas, na medida em que a

² Tanto é assim que Luiz Werneck Sodré, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos enfatizaram: *“Os procedimentos abertos   comunidade dos intérpretes e a cria o dos Juizados Especiais vêm dotando o Poder Judiciário de uma inédita capilaridade, deitando sua rede sobre a quase-totalidade do tecido social, da maioria parlamentar aos setores mais pobres da popula o. Institui o estratégica na solidariza o da ‘comunidade’ com sua Constitui o, o seu personagem – o magistrado – não se pode achar imune   intensa mobiliza o do direito e dos seus procedimentos por parte da sociedade civil, a nova arquitetura institucional dependendo, em boa parte, nos Tribunais e nos Juizados Especiais, do seu desempenho profissional, da sua orienta o  tica e do cumprimento de seu papel constitucional de ‘guardião’ dos direitos fundamentais” (A judicializa o da política e das rela es sociais no Brasil, p. 43, Ed. Revan).*

Lei nº 9.099/95, seguindo diretriz constitucional, estabelece um procedimento penal com uma fase voltada à conciliação, anterior, portanto, ao oferecimento da denúncia ou da queixa-crime, cria-se um espaço de gestão do magistrado sobre os conflitos que poderão ou não ensejar uma demanda penal. É, justamente nesse espaço de gestão, que se propõe um ativismo judicial. Como e de que modo, veremos em seguida.

Diferentemente da legislação civil e processual civil, os anos 90 e os dois primeiros anos do século XXI não foram muito profícuos para a legislação penal e processual penal. As alterações legislativas que ocorreram o foram para resolver situações casuísticas em que havia pressão da opinião pública nesse ou naquele sentido. Nada se construiu de concreto e o sistema penal-processual penal foi constantemente esgarçado, rompendo-se aqui e acolá.

A única novidade parcialmente bem inspirada foi a Lei nº 9.099/95 que instituiu os Juizados Criminais, que, apesar de alguns defeitos de técnica e de severas críticas pela introdução de novos institutos penais, representou um avanço no sistema processual que merece ser assimilado definitivamente pelo ordenamento jurídico do País³.

É evidente que essa legislação não deve e não pode ser interpretada sob o prisma de uma legislação anterior que com ela não é consentânea, nem com os olhos de um sistema penal-processual penal totalmente esgarçado que sofrivelmente se mantém como sistema apenas porque ninguém teve a coragem de passar-lhe a tesoura nos poucos pontos de afinidade que ainda restam.

Daí porque alguns dogmas do direito processual penal devem ceder diante de alguns princípios específicos dos Juizados. Conseqüentemente, algumas condutas tradicionais dos sujeitos da relação processual, especialmente daquele que a preside – o Juiz – devem ser relativizadas.

Exatamente nesse espaço de uma nova exigência ético-profissional, entram em cena princípios específicos dos Juizados e princípios constitucionais que podem fundamentar a pretensão de termos, também nos Juizados Criminais, um ativismo judicial.

³ Não se está minizando as críticas formuladas ao procedimento dos Juizados Criminais, tampouco ao instituto da transação penal, mas deve-se constatar que ambos – o procedimento célere dos Juizados e a transação penal – vieram, inequivocamente, preencher um espaço ocioso que os procedimentos do Código de Processo Penal e as sanções penais, não preenchiam. Quando se fala em *ocioso* pretende-se dizer que a maioria dos crimes que hoje estão sob a competência dos Juizados sequer alcançavam o Judiciário, ficando a sociedade à mercê de si própria para resolvê-los.

Repita-se: não que esse ativismo se manifeste de forma a transformar o Juiz em investigador. Não, sua posição equidistante e imparcial deve, a todo o custo, ser mantida. Mas o magistrado penal do Juizado não deve nem pode limitar-se a receber ou rejeitar a denúncia, colher a prova e sentenciar, sem qualquer compromisso com o objetivo maior do Juizado, que é a pacificação social, traduzido nos princípios constitucionais da oralidade e da mitigação relativa do princípio da obrigatoriedade da ação penal (diante da possibilidade de transação penal), bem como na composição civil e nos princípios específicos de preferência pela aplicação de pena não privativa de liberdade e da busca da reparação de danos.

Estes princípios dotam o Juiz do Juizado de outra postura institucional, sobretudo e especialmente nas infrações de iniciativa privada e condicionada à representação, obrigando-o a interagir com as partes envolvidas, ouvindo-as e auscultando delas quais os objetivos pelos quais estão em juízo. O Juizado Criminal deve ser um espaço institucional destinado a que as partes envolvidas (suposto autor do fato e suposta vítima) exercitem a retórica, até mesmo para que o Juiz possa aquilatar a extensão e a natureza da desavença. O Juiz deve procurar saber o que as partes envolvidas esperam do Judiciário, porque, inúmeras vezes, por desinformação, elas buscam no juízo criminal uma satisfação não-penal (a pensão de alimentos em um crime de lesão corporal entre cônjuges, ou o afastamento do lar, no mesmo crime; a divisão de bens em um crime de exercício arbitrário das próprias razões entre parentes; a regulamentação da guarda de filhos em um crime de ameaça entre pais etc.). Ouvindo-as e informando-as, o Juiz pode convencê-las a celebrar uma composição⁴ ou a levar sua pretensão a outro órgão do Judiciário, de modo a deixar livre a jurisdição penal para os casos que realmente carecem de sua intervenção, como *ultima ratio*⁵ que é.

Portanto, é na fase que antecede o recebimento da denúncia ou da queixa que o Juiz deve levar ao extremo o princípio da oralidade, seja na

⁴ Tal composição pode até mesmo ter por objeto questões de família, que podem ser acertadas e reduzidas a termo pelo Juiz do Juizado Criminal, como permite o enunciado consolidado nº 30 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

⁵ Esse entendimento tem por base o princípio da subsidiariedade do Direito Penal, decorrente do princípio constitucional da dignidade. A propósito, consulte-se LUISI, Luiz, **Os princípios Constitucionais Penais**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991; e “Bens Constitucionais e Criminalização” in **Revista Eletrônica do Conselho de Justiça Federal**, nº 5, <http://www.cjf.gov.br/Publicacoes>.

audiência preliminar, seja na audiência de instrução e julgamento, permitindo às partes envolvidas usarem da palavra para atingirem um estado de pacificação que afaste a necessidade do exercício de uma pretensão penal, seja pela renúncia da retratação, seja pela composição civil, ou, por fim, mediante a transação penal acaso ofertada pelo querelante ou pelo Ministério Público.

Desse modo, o Juiz de Juizado Criminal não pode assumir a mesma postura equidistante do Juiz Penal tradicional, porque este não está jungido aos princípios que presidem os Juizados. Somente após o esgotamento de todas as possibilidades de evitar o litígio penal, aí, sim, o Juiz do Juizado deve centrar-se na condução da audiência, mantida a mesma imparcialidade e equidistância que caracterizam o sistema acusatório penal.

Não só o Juiz, mas também o Promotor e o Defensor Público em atuação no Juizado Criminal devem buscar um novo perfil que se coloque a serviço dos ideais da Constituição e da Lei nº 9.099/95, esforçando-se todos para concretizar a pacificação social dos envolvidos.

Mas outros princípios específicos da Lei nº 9.099/95, confrontados com conhecidos princípios constitucionais provocam outro realinhamento de postura especificamente do Promotor de Juizados Criminais.

III. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Em trabalho acadêmico⁶, procurou-se estudar a justa causa penal à luz dos princípios constitucionais da dignidade e da proporcionalidade. Chegou-se à conclusão de que a justa causa penal está indissociavelmente vinculada aos referidos princípios constitucionais, que seriam critérios inafastáveis para detectar sua presença ou sua ausência na denúncia ou na queixa-crime.

Concluíram os autores que “*para evitar a propositura de lides temerárias, em que se ofende o **status dignitatis** do indivíduo, faz-se imprescindível que verifique o juiz, quando da decisão de recebimento da denúncia ou da queixa, se está presente a justa causa, consubstanciada em provas mínimas da existência de indícios de autoria e*

⁶ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, CHAGAS, Fernando Cerqueira, FERRER, Flávia e BALDEZ, Paulo de Oliveira Lanzelloti - “Justa Causa Penal-Constitucional”, trabalho ainda não publicado.

*existência do delito, no interesse de agir, na tipicidade, no respeito ao princípio da proporcionalidade que reclama uma adequada avaliação custo-benefício, na real e séria lesão ao bem jurídico a justificar a pretensão de punição estatal como **ultima ratio** para a defesa social”⁷.*

Concordando com a exposição dos autores, o próximo passo será admitir que também o princípio da obrigatoriedade da ação penal se subordina aos princípios da dignidade e da proporcionalidade. Ora, se o Direito Penal é reconhecidamente fragmentário e é a **ultima ratio**, o que equivale dizer que sua atuação só se legitima constitucionalmente quando é o único meio adequado e necessário de reação do ordenamento jurídico contra o ato do agente, o exercício da ação penal também só se legitimará quando for o único meio processual adequado e necessário para lidar com o agente de um suposto ilícito penal.

Caso contrário, se outras soluções forem possíveis, e mesmo assim, postula-se em juízo penal uma sanção penal, ocorre uma desproporção de meios que ofende os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Conseqüentemente, o Promotor de Justiça não está obrigado a denunciar, mesmo em presença de um fato típico, se sua denúncia não se justificar como o meio processual adequado para lidar com a ação do agente. A tipicidade é um indício da antijuridicidade, mas, não é, por si só, suficiente para fazer mover a máquina persecutória estatal. Algumas vezes o fato típico não justifica a demanda penal, o que ocorre quando o desvalor da conduta imputada ao agente não seja maior do que o proveito social que advirá em submeter-se alguém ao processo criminal. Ou, em outros termos, quando a conduta não seja grave o bastante para justificar a pretensão de imposição de uma sanção penal, que é o mais severo modo de reação do Direito. Nesse caso, quando o fato narrado puder ser tratado por outro modo menos ofensivo à dignidade da pessoa humana, e mais proveitoso socialmente, não haverá justa causa para a propositura da ação penal, considerando-se tratar-se o Direito Penal de **ultima ratio** para recompor o tecido social injustamente violado.

Naquele mesmo trabalho acadêmico⁸, os autores listaram alguns casos pesquisados nos XV e XVI Juizados Criminais da Capital e no Juizado

⁷ *Ibidem.*

⁸ *Op. Cit. Nota 6.*

Criminal de Nova Iguaçu em que a denúncia não se sustentava, diante da teoria acima traçada:

1º) Denúncia por infração ao artigo 65 da Lei das Contravenções Penais, narrando que a autora do fato teria ido “à casa da vítima, fazendo escândalo e, com acinte, querendo satisfações sobre uma notícia de que teria envolvimento amoroso com o marido desta”;

2ª) Denúncia por infração ao artigo 65 da Lei das Contravenções Penais, narrando que os autores do fato “não procuraram impedir o barulho produzido por animais de que tinham a guarda”;

3º) Denúncia por infração ao artigo 65 da Lei das Contravenções Penais, narrando que o autor do fato teria jogado ovos crus nas janelas e paredes da casa das vítimas;

4º) Denúncia por infração ao artigo 65 da Lei das Contravenções Penais, narrando que o autor do fato teria colocado cola *superbonder* na fechadura da casa da vítima;

5º) Denúncia por infração ao artigo 147 do Código Penal, narrando que o autor do fato ameaçara comparecer no local de trabalho da vítima e fazer escândalo, para causar sua demissão;

6º) Denúncia por infração ao artigo 147 do Código Penal por suposta ameaça de fazer macumba para causar o mal da vítima.

7º) Denúncia por infração ao artigo 37 da Lei das Contravenções Penais por arremessar detritos (como pedaços de pão) na piscina da casa vizinha.

8º) Denúncia por infração ao artigo 147 do Código Penal por ameaça de fazer magia negra para causar a morte da vítima.

Segundo os autores, em todos os casos, a par da atipicidade de alguns deles, forçoso seria reconhecer que as condutas narradas não tinham o desvalor que justificasse a pretensão punitiva estatal⁹. Não se negam os inconvenientes trazidos pelas referidas condutas, mas não é no processo penal que elas devem ser tratadas adequadamente. Não havia, portanto, justa causa para o recebimento das respectivas demandas¹⁰.

⁹ A segunda delas narra fato atípico por falta de dever jurídico de agir, mas o exemplo se presta para o exame do desvalor da conduta.

¹⁰ Em todos os casos reportados, houve rejeição da denúncia.

Assim, o princípio da obrigatoriedade da ação penal está subordinado aos princípios da dignidade e da proporcionalidade que reclamam uma adequada avaliação custo-benefício, da real e séria lesão ao bem jurídico a justificar a pretensão de punição estatal como *ultima ratio* para a defesa social.

Ausente o proveito social que legitime submeter-se alguém a um processo penal, com soluções penais que devem ser guardadas como *ultima ratio*, o princípio da proporcionalidade se sobrepõe ao da obrigatoriedade e justifica a não-propositura da demanda penal.

Em todo o caso, se proposta a demanda com infringência da relação custo-benefício que caracteriza o princípio constitucional da proporcionalidade, resta ao Juiz a rejeição da denúncia.

Prossigamos, porém, na fundamentação de outra postura nos atores dos Juizados Criminais.

IV. PRINCÍPIO DA BUSCA DA REPARAÇÃO DO DANO

Em uma legislação que privilegia a busca por soluções não-penais, tanto que erige a princípio constitucional a preferência pela aplicação de pena não-privativa de liberdade, impõe rever o tratamento da reparação do dano por uma óptica mais abrangente.

Afaste-se, porém, e desde logo, qualquer receio de reduzir o processo penal a um instrumento de reparações pecuniárias, privatizando-o. Não é disso que se cuidará.

A busca da reparação do dano é um princípio dos Juizados Criminais, expresso no artigo 62 da Lei nº 9.099/95. Sua importância é tanta que, nas ações de iniciativa privada e pública condicionada à representação, a obtenção da reparação do dano – que representa uma composição civil – leva à renúncia do direito de queixa ou de representação e, conseqüentemente, à extinção da punibilidade.

Mas a questão que se coloca consiste em indagar se qualquer acordo de vontades, mesmo sem caráter pecuniário, importa em reparação de dano e pode ser homologada como composição civil, nas ações de iniciativa privada e pública condicionada à representação. E, ainda, como segundo problema, se essa reparação de dano poderia ensejar qualquer efeito na ação penal de iniciativa pública, em que pese a lei não lhe conferir nenhum, de modo expresso.

Para tentar responder às duas indagações, uma consideração inicial deve ser feita. Alçada a princípio específico dos Juizados Criminais, a reparação, no âmbito dos Juizados e em algumas infrações de menor potencial ofensivo, se aparta daquela função meramente atenuadora da pena, a ela reservada pelo artigo 65, III, alínea *b*, do Código Penal.

Quanto à primeira questão, há que se dizer que o sistema dos Juizados Criminais busca a pacificação social, tanto que deu especial atenção à reparação do dano, que é um dos vários meios de obtê-la. Se obtida a pacificação social, ainda que sem conteúdo pecuniário, deve ser homologada e, com isso, extingui-se a punibilidade, em caso de ação de iniciativa privada ou pública condicionada à representação. Para tanto, bastaria simplesmente um mero acordo de vontades pelo qual os envolvidos expressassem a sua pacificação. Evidentemente que esse acordo, mesmo homologado, não constituiria título a ser executado no cível, por falta dos elementos necessários para a formação de um título executivo judicial.

Ainda na mesma hipótese, se já exteriorizada a representação e oferecida a denúncia, nos crimes de iniciativa pública condicionada à representação, não se deve aplicar o limite temporal do artigo 25 do Código de Processo Penal, podendo ser homologada a composição civil mesmo após o oferecimento da denúncia com a consequência da extinção da punibilidade¹¹. É que não se deve aplicar os dispositivos do Código de Processo Penal que não forem consentâneos com o sistema da Lei nº 9.099/95 e o artigo 25, citado, certamente não o é.

E, caso recebida a denúncia, ainda assim, a composição civil (seja na forma de uma genérica pacificação) deve surtir efeitos penais em algumas espécies singulares de infração penal de menor potencial ofensivo, de iniciativa pública condicionada à representação, caracterizadas por serem oriundas de relações de parentesco ou de vizinhança. Isso acontece com frequência no crime de ameaça em que os parentes ou vizinhos acabam por se pacificarem após o recebimento da denúncia. De que adianta prosseguir com o processo e condenar o agente quando um dos princípios do Juizado foi atingido plenamente? Seria o caso de entender que a composição civil – na forma de reparação do dano via pacificação social – provocaria a perda da

¹¹ Geraldo Prado foi dos primeiros a sustentar que a retratação da representação deve levar à extinção da punibilidade para além do momento de oferecimento da denúncia (**Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Comentada e Anotada**, p. 287, 2ª edição, Ed. Lumen Juris).

justa causa para o prosseguimento da ação penal, gerando a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Normalmente quando ocorre tal situação os Juízes e Promotores acabam sendo forçados a abreviar o procedimento para chegar-se logo à absolvição, mas esta solução é artificial porque simula um julgamento quando o que fica patente é a perda da causa que legitima o prosseguimento do processo penal.

Quanto à segunda indagação – pacificação em crime de iniciativa pública – a questão é mais complexa ainda, pela absoluta indiferença da lei com a vontade da vítima. Mas, tratando-se de infração de menor potencial ofensivo surgido em meio a relações de parentesco ou de vizinhança, a mesma carência de legitimidade para o prosseguimento da ação penal também assoma. De que adianta, por exemplo, denunciar e condenar um parente por violação do domicílio de outro parente, quando ambos se pacificaram? Que proveito extrairia a sociedade da sentença condenatória e mesmo do processo penal? Seria necessário aguardar-se o fim do procedimento para proferir-se uma sentença absolutória? Como na primeira indagação, aqui também teria desaparecido a legitimidade que justifica o procedimento penal.

Naquele trabalho acima referido¹², os autores concluíram do mesmo modo. No entanto, fizeram uma importante advertência: *“É evidente que a pacificação social só tem a dimensão defendida acima naquelas infrações de menor potencial ofensivo e que envolvam relações familiares ou de vizinhança. Em infrações mais graves ou em outro contexto que não aqueles mencionados, não teria a mesma potência para impedir o curso da ação penal. A importância da existência do contexto de relações familiares ou de vizinhança se justifica porque, no intenso contato físico que tais relações provocam, deve-se evitar a permanência de sentimentos negativos avivados pelo processo penal, em prol da tolerância que tais relações impõem como regra de conduta”*.

Deste modo, obtida a pacificação social naquelas hipóteses, a demanda não pode ser recebida por falta de justa causa, seja a ação de iniciativa pública incondicionada ou condicionada à representação. Se já recebida, o litígio deveria ser encerrado pela perda de justa causa, o que equivaleria à perda de objeto, ensejando a extinção do processo sem julgamento do mérito.

¹² *Op. Cit. Nota 6.*

V. CONCLUSÃO

A conclusão a que se chega é que o Juiz e o Promotor de Juizado Criminal devem buscar outro perfil, um tanto diferente do tradicional, porque estão vinculados a outros e novos princípios específicos da Lei nº 9.099/95, que se coligam inteiramente e logicamente com outros princípios constitucionais.

Tais princípios precisam ser exercitados com criatividade e bom senso, para que os Juizados Criminais possam dar conta da missão que lhes foi imposta de contribuir para a pacificação de uma sociedade já por demais conturbada e com tantos problemas sociais e econômicos por superar.

A idéia, portanto, está lançada para que se busque o imprescindível aperfeiçoamento com as indispensáveis contribuições dos que lidam com os Juizados Criminais ou estudam o seu sistema. ◆

A Intercepção do Fluxo de Comunicações por Sistemas de Informática e sua Constitucionalidade

GUSTAVO BANDEIRA

Juiz de Direito em Auxílio à 3ª Vice-Presidência

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto o estudo da constitucionalidade das intercepções do fluxo de comunicações realizadas por sistemas de informática.

A análise do tema se dará à luz do art.1º, Parágrafo Único, da Lei 9.296/96, frente ao que dispõe o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, que prevê, dentre os direitos e garantias fundamentais, a inviolabilidade e o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, “*salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”.

A relevância do tema decorre das diferentes interpretações que o texto constitucional franqueia, dos diversos e conflitantes entendimentos doutrinários sobre o tema e do fato de que a citada lei, que regulamentou o dispositivo constitucional em foco, somente veio a lume 12 anos após a promulgação da Constituição, quando a realidade social-tecnológica era bem diversa daquela existente à época da promulgação da Constituição.

A abordagem do tema, portanto, terá por embasamento: o objetivo da referida norma constitucional (garantia à inviolabilidade das comunicações), a razão de ser da norma de exceção contida no texto (interesse social de investigação criminal) à luz do princípio da proporcionalidade (valoração entre os fins e os meios), a razão da regra de exceção em exame ser dirigida a apenas um (ou alguns) meio(s) de comunicação e, finalmente, a análise da constitucionalidade ou não do dispositivo da Lei 9.296/96, que regulou o texto constitucional em exame, ampliando e estendendo a possi-

bilidade de interceptação prevista pelo constituinte originário às comunicações mantidas por sistemas de informática, inobstante o caráter excepcional da regra constitucional e o fato de o direito excepcionado se traduzir em cláusula pétrea.

2. O TEMA E A DOUTRINA

O teor da parte final do dispositivo constitucional em questão -“salvo, *no último caso*”- assim como a sua regulamentação pelo artigo 1º, parágrafo único da Lei 9.296/96, vem sendo objeto de divergência doutrinária, no que tange à extensão da referida regra de exceção e à constitucionalidade da sua norma regulamentadora.

O dispositivo constitucional em comento prevê que:

Art. 5º Omissis.

XII – *é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.*

A sua norma regulamentadora, por sua vez, dispõe que:

Art. 1º *A interceptação das comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.*

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.”

A doutrina especializada no assunto diverge sobre a constitucionalidade do aludido parágrafo único. Para Vicente Greco Filho¹, a norma citada é inconstitucional porque a expressão constitucional “*no último caso*” somente se refere às comunicações telefônicas. Portanto, afirma o referido jurista que “a Constituição autoriza, nos casos nela previstos, somente a interceptação de comunicações telefônicas, e não a de dados e muito menos as telegráficas...”, razão pela qual não poderia a sua lei regulamentadora

¹ GRECO Filho, Vicente. **Interceptação Telefônica**. São Paulo, Saraiva, 1996, p.10.

estender a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática ou telemática.

Diverge de Vicente Greco Filho a doutrina do ilustre Professor e Procurador de Justiça Lenio Streck², que não vislumbra inconstitucionalidade no parágrafo único do art.1 da Lei 9.296/96. Segundo afirma, “o parágrafo único, ao estender a possibilidade de interceptação também ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, apenas especificou que a lei também atingirá toda e qualquer variante de informações que utilizem a modalidade *comunicações telefônicas*. Ou seja, objetivou a lei estender a aplicação das hipóteses de interceptação de comunicações telefônicas *a qualquer espécie de comunicação*, ainda que realizada mediante sistemas de informática, existentes ou que venham a ser criados, *desde que tal comunicação utilize a modalidade comunicações telefônicas*. Explica o eminente procurador sulista que o constituinte, ao utilizar a expressão comunicações telefônicas, o fez em sentido amplo, razão pela qual conclui que, “com o avanço da informática, permite-se a prática de comunicações via computador, por exemplo a Internet, cujo veículo é o telefone”. Assim, as comunicações “implementadas por meio de *faxmodem*, sendo este um dispositivo que permite a transmissão e a recepção de informações digitais de um computador para o outro, *através de linha telefônica*, podem ser encartadas na previsão de telemática, prevista no parágrafo único do art.1º da Lei 9.296/96.

No mesmo sentido do citado jurista, afirmando a constitucionalidade da lei em exame, é a doutrina de Alexandre de Moraes³, João Roberto Parizatto⁴ e Damásio de Jesus⁵.

Contrária à aludida doutrina, ou seja, também pela inconstitucionalidade do referido parágrafo único, é o enfoque de Celso Ribeiro Bastos⁶, que interpreta o aludido dispositivo constitucional de forma mais rígida (ou literal). Afirma o consagrado jurista que “*o atual Texto procurou encontrar*

² STRECK, Lenio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 46/47.

³ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo, Atlas, 1998, p. 150-152.

⁴ PARIZATTO, João Roberto. **Comentários à Lei 9.296/96**. São Paulo, Ed. de Direito, 18.

⁵ “Interceptações de comunicações telefônicas: notas à Lei 9.296/96”. RT 735/458.

⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 201.

uma forma de não tolher de maneira absoluta a utilização de meios que importem na violação da correspondência. Parece mesmo haver muitas hipóteses em que o interesse social sobreleva ao particular. É assim que o Texto acaba por permitir a violação da correspondência em sentido amplo, mas exige a satisfação prévia de quatro requisitos: Em primeiro lugar, é necessário estar-se diante de uma comunicação telefônica. Para as demais formas comunicativas, a Constituição não abre qualquer ressalva.” Significa dizer, portanto, que para Celso Bastos, a interceptação somente é permitida em se tratando de comunicação telefônica em sentido estrito, assim como a doutrina de Vicente Greco Filho.

3. NECESSIDADE DE UMA NOVA PROPOSTA DOUTRINÁRIA

O exame das doutrinas sobre o tema em estudo demonstrou que inexistia, ainda, uma solução ou resposta jurídica satisfatória sobre o problema da constitucionalidade do art.1º, parágrafo único da Lei 9.296/96.

De fato, constatamos ser insuficiente a proposta doutrinária de entender o sentido da expressão comunicações telefônicas a todos os meios de comunicação que, de algum modo, utilizem o sistema telefônico como suporte, como ocorre com as comunicações implementadas por meio de *faxmodem*. Tal proposta, além de conferir uma amplitude conceitual forçosa à expressão *comunicação telefônica*, não resolve o problema como um todo, na medida em que, na realidade atual, as comunicações pela Internet utilizam cada vez menos o *faxmodem*, que vem sendo substituído pelas chamadas bandas largas, cuja conexão se dá via *cablemodem*, sinal de rádio ou mesmo via satélite. Não há, nestes casos, qualquer uso do sistema de telefonia, o qual, com o avanço tecnológico, vai ficando cada vez mais obsoleto.

Por outro lado, a doutrina que sustenta a inconstitucionalidade do dispositivo em exame se demonstra irrazoável, porque amparada por uma visão exclusivamente literal do texto constitucional, ignora a finalidade da regra de exceção nele contida e mais, ignora a própria evolução social e tecnológica, que fez surgir importante veículo de comunicação inexistente à época da promulgação da Constituição.

Com efeito, deve o exegeta indagar, no caso, o seguinte: existisse ao tempo da lei, seria razoável supor que o legislador ignorasse, propositadamente, tal tecnologia, ou agiria ele como agiu o legislador que confeccionou a Lei 9.294/96? Recorde-se, neste ponto, o que doutrina Carlos Maximiliano⁷, que citando Wach, Binding e Kohler, ensina:

⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 311.

“até mesmo aqueles que ainda reduzem a exegese a uma pesquisa de *vontade*, não mais procuram saber só o que o legislador *quis*; acham dever cumprir-lhe também saber o que ele *queria*, se vivesse na atualidade e se lhe deparasse a hipótese em apreço.”

Exige-se, portanto, uma nova proposta sobre o tema.

4. A QUESTÃO SOB O ENFOQUE DA INTERPRETAÇÃO OBJETIVA *VERSUS* A RAZOÁVEL E NECESSÁRIA SINCRONIA ENTRE O DIREITO E A EVOLUÇÃO SOCIAL

O tema em questão tanto pode ser objeto de exame sob um prisma objetivo/legalista ou pelo da razoabilidade. Sob a ótica objetiva e literal, não duvidamos de que o texto em comento teve a intenção de excepcionar apenas o sigilo das comunicações telefônicas, estas consideradas em sentido estrito. Nesta trilha, já vimos a doutrina de consagrados juristas. Certamente, não pensou o nosso constituinte, por outro lado, que “comunicações telefônicas” pudessem ter sentido tão amplo como o sugerido pelo respeitado professor Lenio Streck, a ponto de abranger toda e qualquer forma de comunicação futura que utilizasse, ainda que indiretamente, o sistema telefônico, como o *e-mail*. Em 1988, não se pensava em Internet⁸ no Brasil, mormente com a dimensão que esta veio a atingir, servindo não só para a integração entre seus usuários, como relevante veículo de comunicação, mas também para o chamado comércio eletrônico (*e-commerce*) e, infelizmente, também como instrumento para a criminalidade, dando origem a uma nova modalidade de crimes, denominados virtuais, ou *cibercrimes*.

Por outro lado, esta nova realidade, impensada à época da promulgação da Constituição, não pode ser simplesmente ignorada pelo intérprete, o qual deve sempre buscar a interpretação do texto constitucional com vistas à *finalidade* da norma e tendo por meta a sua *plena eficácia*. Para tanto, é indispensável que na interpretação sejam considerados todos os elementos e transformações que o tempo impôs à sociedade, de forma a adequar conceitos antes inexistentes e impensados que, de alguma forma, influem na regra constitucional.

⁸ Sobre a origem histórica da Internet seu surgimento se deu inicialmente para uso exclusivamente militar, ainda na década de 60, através do qual se fazia a distribuição de textos entre um número reduzido de pessoas dedicadas à pesquisa para implementação de mecanismos de defesa militares confira-se Corrêa, Gustavo Testa. *Aspectos Jurídicos da Internet*. São Paulo, ed. Saraiva, 2000.

Com efeito, no caso, acolher a tese (simplista) de que a exceção constitucional contida na expressão “salvo no último caso”, somente permite a interceptação do fluxo das comunicações telefônicas, sendo vedada toda e qualquer interceptação de outras formas (novas) de comunicação, é privilegiar, exclusivamente, a *interpretação literal e atemporal* do Texto e ignorar não só a finalidade da norma, mas principalmente a necessária sincronia que deve existir entre o direito e a evolução social, especialmente quando decorrente do avanço tecnológico. Daí o brocardo “*jus ex facto oritur*” (o direito nasce no fato).

De fato, é sabido que o direito nem sempre acompanha, em sincronia, o ritmo da evolução social, mormente quando captaniada pelas inovações tecnológicas, cada vez mais velozes. Fantasias do passado, antes possíveis somente nos desenhos animados futuristas, tornam-se realidade e demonstram que a ficção científica não é mais coisa dos filmes e que nada parece impossível ao homem. Impossível, sim, é exigir que um texto legal seja capaz de prever, minunciosamente, todas as inovações que, de alguma forma, terão repercussão no mundo jurídico. *Na realidade, a sincronia entre o direito e a sociedade tecnológica atual depende, cada vez menos, da lei e mais do exegeta.* A rapidez das evoluções tecnológicas demonstra que a lei deve, cada vez mais, ser menos detalhista, minuciosa e mais aberta, ampla, permitindo que os operadores do direito desempenhem a função de adequar tais inovações no tempo, garantindo assim a plena eficácia da norma.

Vale lembrar, neste ponto, o que diz a doutrina de Paulo Dourado de Gusmão⁹, *in verbis*:

“O direito resulta, também, de reflexão intelectual, seja do legislador, seja do jurista, seja do juiz, provocada ou influenciada por fatos sociais: disciplinando-os, ordenando-os, incriminando-os. Lenta, gradual, é a introdução na ordem jurídica de novos princípios e de normas exigidas pelas novas situações histórico-sociais, devido a ser o direito, por natureza, conservador. Daí o desajustamento freqüente que existe entre a ordem jurídica e a ordem social: O direito, em comparação com as demais formas de cultura (arte, moral, literatura, cinema, costumes etc.),

⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro, ed. Forense, 2000.

está sempre em atraso em relação às transformações sociais.”
(grifo nosso)

Com efeito, impõe-se que a norma constitucional em apreço, assim como a sua norma regulamentadora, sejam interpretadas *conforme a realidade social hodierna*. Se a evolução tecnológica criou novas formas de comunicação antes impensadas pelo ordenamento jurídico, é razoável que o antigo sentido conferido àquelas normas jurídicas então existentes seja repensado e adequado à nova realidade, garantindo, repita-se, a plena eficácia da norma. Sobre a influência do tempo na interpretação das leis, confira-se a doutrina de Luis Roberto Barroso¹⁰: *“A interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um. A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que se denomina de pré-compreensão.”*

Carlos Maximiliano¹¹, por sua vez, em sua clássica obra sobre hermenêutica, no que se refere à interpretação constitucional e à necessidade de adequar suas normas às novas realidades sociais, doutrina que:

“A Constituição aplica-se aos casos modernos, não previstos pelos que a elaboraram. Faz-se mister supor que os homens incumbidos da nobre tarefa de distribuir os poderes emanados da soberania popular e de estabelecer preceitos para a perpétua segurança dos direitos da pessoa e da propriedade tiveram a sabedoria de adaptar a sua linguagem às emergências futuras, tanto como às presentes...Cumpra ao legislador e ao juiz, ao invés da ânsia de revelar inconstitucionalidades, mostrar solícitude no sentido de enquadrar na letra do texto antigo o instituto moderno.” (grifamos)

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro”. In *Revista da EMERJ*, v. 4, nº15, 2001, p.12.

¹¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 311.

5. A RELEVÂNCIA DA INTERCEPTAÇÃO DO FLUXO DAS COMUNICAÇÕES VIA INFORMÁTICA – A INTERNET – E A LACUNA CONSTITUCIONAL

O cenário moderno tem à sua frente realidade social completamente diversa daquela de quando promulgada a Constituição, há 14 anos atrás. A evolução tecnológica fez surgir talvez a maior inovação do século 20 na área das comunicações, a Internet. Sua repercussão e relevância na sociedade é inquestionável e muito bem dimensionada pelos números estatísticos. Segundo dados da revista **Veja Digital**, edição especial, dez/2000, estima-se que em 2000 a Internet no Brasil tenha ultrapassado os 10 milhões de usuários. No mundo, a previsão é de que, dos 44 milhões de internautas de 1995, teremos até o fim do ano 2000, 349 milhões de usuários, chegando a 766 milhões em 2005.

Isso significa que, enquanto o telefone precisou de 74 anos para conquistar seus primeiros 50 milhões de usuários, a Internet conquistou o mesmo número em apenas 4 anos, conforme matéria publicada na revista **Ícaro**, nº 183, de nov/99.

Imagine-se, nesse universo, a infinidade de relações, jurídicas (ou não), diariamente mantidas. Os atos lícitos e ilícitos praticados. Os crimes concretizados...e protegidos pelo sigilo das comunicações. Tamaña a grandeza deste universo, que se concebeu o chamado *ciberespaço*, onde são travadas e mantidas todas as relações virtuais. Virtuais, porém reais.

Tal avanço tecnológico põe em evidente relevo o dispositivo constitucional em exame, que garante o sigilo das diversas modalidades de comunicações que menciona, exceto o da telefônica, a qual é passível de interceptação para fins de investigação criminal ou instrução processual, na forma da Lei 9.296/96.

Indaga-se: Por que razão teria o legislador consituente excepcionado, dentre as modalidades de comunicação que menciona, apenas a telefônica? Certamente porque o telefone era, à época da elaboração do Texto, dentre os diversos meios de comunicação então existentes, o mais utilizado no dia a dia e, conseqüentemente, o mais suscetível de uso potencial pela criminalidade. Era o telefone, assim, o meio de comunicação que mais poderia surpreender o agente criminoso e o mais apto, portanto, a justificar a interceptação e captação da conversação, para fins de investigação e instrução criminal. De fato, seria muito pouco provável que as demais modalidades de comunicação mencionadas (e existentes naquele momento históri-

co) pelo dispositivo, correspondência epistolar, telegrama ou de dados, fossem de qualquer serventia à instrução ou investigação criminal, já que pouco usadas no cotidiano dos cidadãos.

Com efeito, se a exceção constitucional é voltada para o interesse social da persecução criminal, que se coloca acima do interesse individual do sigilo da comunicação ou mesmo da privacidade, evidente que a regra de exceção somente poderia ser dirigida àquela modalidade que, por ser de maior uso social, poderia de alguma forma contribuir para a investigação ou instrução criminal.

Não previu, entretanto, o legislador constitucional, que o futuro cederia espaço a nova e revolucionária modalidade de comunicação, de uso cada vez mais crescente e que, aos poucos, vai substituindo o próprio telefone, por sua rapidez, eficiência e baixo custo, qual seja, aquela realizada por sistemas de informática, via Internet, em especial o e-mail. Trata-se, com efeito, de verdadeira *lacuna constitucional*, porque inexistia à época da elaboração do texto em comento a referida tecnologia, sendo completamente imprevisível o seu surgimento.

A lacuna constitucional, segundo doutrina Celso Bastos,¹² é dividida por Loewenstein em descoberta e oculta. “**A descoberta** se verifica quando o poder constituinte esteve consciente da necessidade de uma regulação jurídico-constitucional, mas por determinadas razões, preferiu não fazê-lo. **A oculta** se produz quando ao criar-se a Constituição *não existia ou não se podia prever* a necessidade de regular normativamente uma situação determinada.” Para restar efetivamente caracterizada a lacuna constitucional, menciona o jurista, em continuação, os seguintes pressupostos necessários: “*Primeiro que a situação obviamente não esteja prevista na Constituição. Segundo, que exista uma outra situação análoga à anterior que torne a omissão relativamente à primeira insatisfatória. Isto é: nos cause uma sensação de falta de razoabilidade. E, finalmente, que este vazio não possa ser coberto pela via de interpretação, ainda que extensiva.*”

É esta a hipótese em exame, senão vejamos, seguindo os pressupostos referidos acima. Primeiro, a situação não se encontra prevista na Consti-

¹² BASTOS, Celso Ribeiro, op. cit., p. 70/71.

tuição, não porque faltou interesse ao constituinte, mas porque *era imprevisível* tal tecnologia à época de sua elaboração. Segundo, existe *situação análoga* tratada pela Constituição, qual seja, a possibilidade de interceptação das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal, *a qual torna a omissão, no que tange a falta de previsão de interceptação de e-mail, insatisfatória ou mesmo irrazoável*. Isso porque, se a comunicação por sistemas de informática é tão ou mais suscetível de uso pela criminalidade do que o próprio telefone, e considerando que a finalidade da norma de exceção é garantir o interesse público da persecução criminal, *não há razoabilidade* em excluir desta regra tal modalidade de comunicação. Finalmente, como disse o citado jurista, não há possibilidade, como já demonstramos acima, de a referida lacuna ser *“coberta pela via de a interpretação, ainda que extensiva”*. De fato, o texto em foco apenas excepcionou a interceptação às comunicações telefônicas, com as quais não se confundem àquelas mantidas por sistemas de informática. *Em outras palavras, a solução do problema não depende da interpretação do texto constitucional, eis que não há margem de interpretação quando se está diante de uma lacuna constitucional*.

A solução está, na verdade, no campo da integração legal realizada pela Lei 9.296/96, que aparentemente supriu a referida lacuna, prevendo hipótese não contida na referida norma constitucional. Resta saber, entretanto, se é constitucional o parágrafo único do art.1º da Lei 9.296/96.

6. NOSSA OPINIÃO

A análise da constitucionalidade do art.1º, parágrafo único da Lei 9296/96, exige o enfrentamento de alguns óbices. Primeiro, saber se, em se tratando de *regra de exceção*, seria possível ao legislador infraconstitucional ampliar-lhe o sentido, permitindo, além da interceptação das comunicações telefônicas, também a mantida por meio de sistemas de informática. Segundo, considerando que o direito ao sigilo das comunicações se insere dentre os direitos e garantias individuais do art.5º do Texto, portanto, *cláusula pétrea*, seria possível a sua modificação, seja para ampliar ou reduzir a sua extensão? Finalmente, indaga-se se a solução proposta pela Lei 9.296/96 seria a escolhida pelo legislador constituinte se se confrontasse com a hipótese em apreço, à época da elaboração da citada norma constitucional.

À primeira indagação responde-se que sim. Em que pese a regra de hermenêutica de que a norma de exceção deve ser interpretada restritivamente, tal regra não é absoluta. Na realidade, negar a possibilidade de extensão de direito previsto em norma de exceção, muitas vezes, significa retirar-lhe a própria eficácia e esvaziar o seu conteúdo, o que, aí sim, violenta os princípios elementares da hermenêutica. Confira-se o que diz, a respeito, a autoridade de Carlos Maximiliano,¹³ *in verbis*: “*Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição (...) Na dúvida, siga-se a regra geral. Entretanto em Direito Público esse preceito não pode ser aplicado à risca: O fim para que foi inserto o artigo na lei, sobreleva a tudo. Não se admite interpretação estrita que entrave a realização plena do escopo visado pelo texto. Dentro da letra rigorosa dele procure-se o objetivo da norma suprema; seja este atingido, e será perfeita a exegese.*” Constatada-se, portanto, que o fato de estarmos diante de uma norma de exceção não impede que o exegeta ou mesmo o legislador infraconstitucional, como no caso, amplie o seu sentido, desde que tal medida seja necessária e se justifique frente à finalidade da própria regra de exceção.

Ora, como já dissemos, não há dúvida de que a exceção ao direito de sigilo das comunicações contida no texto constitucional tem por escopo garantir o interesse público da persecução criminal, o qual está acima do direito individual e relativo do sigilo. Diz a parte final do inciso em comento, “salvo, no último caso (...) na forma que a lei estabelecer *para fins* de investigação criminal ou instrução processual penal.” Com efeito, afigura-nos razoável que, se o sentido ou finalidade da norma de exceção foi garantir o interesse público citado, e se as comunicações mantidas por sistemas de informática não foram abrangidas pela exceção constitucional, *porque inexistiam ao tempo da elaboração de seu texto*, pode e deve, sim, seu sentido ser ampliado, de forma a garantir a eficácia e aplicabilidade do interesse público tutelado pela Constituição.

A segunda indagação, qual seja, o óbice das cláusulas pétreas, também não é motivo para retirar a constitucionalidade do dispositivo em exame. De fato, os direitos e garantias individuais, nos quais se insere o sigilo das comunicações, não podem ser objeto de deliberação tendente a aboli-

¹³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. ed. Forense, Rio de Janeiro, 1996, p. 313.

los, a teor do art. 60, parágrafo 4º, inciso IV da CF. Ocorre que, no caso, não se trata de abolir ou extinguir direito individual garantido constitucionalmente. Na realidade, como já dissemos, trata-se de conferir eficácia plena à norma de exceção prevista pela Constituição, a qual tutela direito maior, de interesse público, que é o da persecução criminal. Veja-se que, no caso, tal entendimento somente é permitido porque *a própria Constituição excepcionou o direito individual em questão*, prevendo, expressamente, que a sua regulamentação caberia à lei infraconstitucional. Tivesse sido mantido o texto da anterior Constituição, na redação do seu antigo artigo 153, parágrafo 9º, que não previa nenhuma exceção ao sigilo das comunicações, a solução seria outra, na medida em que qualquer norma infracostitucional seria, necessariamente, inconstitucional. No caso, a própria norma constitucional exige, para sua completude, uma complementação vertical ou integração legal.

Sobre às normas constitucionais que demandam integração, para efeito de conferir-lhe plena aplicação, vale conferir a doutrina de Celso Bastos:¹⁴

“A utilização de certas expressões lingüísticas, como “a lei regulará” ou “a lei disporá, ou, ainda, “na forma da lei”, deixa de logo claro que a vontade constitucional não está inteiramente composta. A matéria normada não ganhou definitividade em seu perfil. Ela reclama a superveniência de uma normação posterior que venha a delimitá-la em sua exata extensão, quer para alargá-la, quer para restringi-la. O que apresentam em comum, tais espécies normativas, é o fato de necessitarem ou, no mínimo, tolerarem uma legislação que lhes componha o significado, sem que isto se traduza em inconstitucionalidade. É que a expressa menção à lei inferior integradora retira desta última a pecha do vício supremo em que ocorreria, não fora a referência constitucional.”

Com efeito, no caso, cumpre relembrar a parte final do dispositivo constitucional em exame, que, quanto à possibilidade da interceptação dispõe: “(...) salvo, no último caso, por ordem judicial, *nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer* para fins de investigação criminal ou instrução

¹⁴ BASTOS, Celso, op. cit., p. 74.

processual penal”. Ora, constata-se, inequivocamente, que a vontade constitucional não se encontrava plenamente integrada, cabendo à *lei regulamentar* as hipóteses e a *forma* em que a interceptação pode ocorrer. Tanto é assim que, até o advento da Lei 9.296/96, o STF, em sua maioria, não admitia a interceptação telefônica, tendo por não auto-aplicável o referido dispositivo constitucional.¹⁵

Por fim, responde-se à indagação sugerida por Maximiliano, de que se o legislador constituinte se confrontasse com a situação em apreço, escolheria ele a mesma solução proposta pelo legislador que confeccionou a Lei 9.296/96? Entendemos que sim. Isso porque, se a intenção da regra de exceção eleita pelo constituinte foi garantir a persecução criminal- diz o Texto, “salvo, no último caso....*para fins* de investigação criminal ou instrução processual penal;”- e se a inovação tecnológica criou modalidade de comunicação impensada pelo constituinte, cujo potencial de uso ultrapassa todas as modalidades de comunicação existentes à época da elaboração do Texto, é razoável admitir, e muito provável supor, que o constituinte, hoje, se se confrontasse com tal realidade, estenderia a referida regra de exceção também às comunicações mantidas por sistemas de informática, em especial, pela Internet.

Vale lembrar, por outro lado, em reforço à nossa proposta, o princípio da proporcionalidade, originário do direito alemão, segundo o qual deve haver uma valoração entre os fins e os meios, os quais devem sempre ser proporcionais. Na hipótese, nada mais razoável de que sacrificar um direito individual, vinculado à privacidade, em benefício do interesse público de persecução criminal.

Portanto, o que se verifica é que a Lei 9.296/96, em seu artigo 1º, parágrafo único, na realidade, suprimiu lacuna constitucional, prevendo a possibilidade de interceptação, também, das comunicações mantidas por sistemas de informática, apesar de não previstas na regra constitucional de exceção. Tal previsão, entretanto, garantiu a eficácia plena e a finalidade da própria regra de exceção prevista no dispositivo constitucional, que é garantir a investigação criminal, interesse público que se sobrepõe ao individual,

¹⁵ Esta posição encontra-se definida no HC nº 73351-SP, de 10 de maio de 1996, Relator o Min. Ilmar Galvão. Posição mitigada foi adotada pelo Min. Néri da Silveira, entendendo que a prova ilícita (escuta telefônica), não invalidava o processo, se a prova testemunhal era suficiente para a condenação, conforme HC 73.311-MS, datado de 30.04.96.

de sigilo das comunicações, razão pela qual se afirma constitucional a regra do art.1, parágrafo único da Lei 9.296/96.

7. CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que a possibilidade de interceptação das comunicações mantidas por sistemas de informática, prevista no art.1, parágrafo único da Lei 9.296/96, é no todo constitucional, porque:

I - Garantiu a eficácia plena e a finalidade da própria regra de exceção prevista no dispositivo constitucional, que é garantir a investigação criminal, interesse público que se sobrepõe ao individual do sigilo das comunicações.

II - Atende ao princípio da proporcionalidade, segundo o qual deve haver uma valoração entre os fins e os meios, os quais devem ser proporcionais. Assim, é razoável o sacrifício de um direito individual, vinculado à privacidade, em benefício do interesse público de persecução criminal, razão de ser da regra de exceção.

III - A Lei 9.296/96, supriu lacuna constitucional, decorrente da inexistência de tal modalidade de comunicação à época da confecção do texto constitucional, prevendo a possibilidade de interceptação do fluxo das comunicações mantidas por sistemas de informática, com isso garantindo a plena eficácia do texto constitucional;

IV - A solução proposta pela Lei 9.296/96 afigura-se razoável e, provavelmente, seria a eleita pelo próprio legislador constituinte se, à época da elaboração do Texto, existisse tal modalidade de comunicação, considerando a finalidade da regra de exceção e o fato de se tratar de tecnologia cujo uso tende a ultrapassar o próprio telefone.◆

Do Exercício do Direito de Voto das Ações Preferenciais com Dividendo Diferenciado

JORGE LOBO

Livre docente em Direito Comercial pela UERJ e advogado

1. A doutrina, no *regime* do Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, ensinou, sem voz discrepante, que os titulares de ações preferenciais de **todas** as classes adquiriam, por força do art. 81, parágrafo único¹, **direito de voto se a companhia deixasse de pagar dividendos por três exercícios consecutivos**, conforme se constata em TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE² e CUNHA PEIXOTO³, por ser o art. 81, parágrafo único, preceito de ordem pública.

2. Por igual, ao interpretar o art. 111, § 1º, da Lei 6.404, de 1976⁴, cuja redação era idêntica à do art. 81, parágrafo único, do DL 2.627/40, apenas acrescentando ao texto original a palavra “mínimo”, sempre se entendeu que **os preferencialistas, se a companhia deixasse de pagar dividendos por três exercícios consecutivos, adquiriam direito de voto**, consoante se verifica em FRAN MARTINS⁵, WILSON DE SOUZA CAM-

¹ Parágrafo único, do art. 81 — “As ações preferenciais adquirirão o direito de voto, de que não gozarem em virtude dos estatutos, quando, pelo prazo neles fixado, que não será superior a três anos, *deixarem de ser pagos os respectivos dividendos fixos*, direito que conservarão até o pagamento, se tais dividendos não forem cumulativos, ou até que sejam pagos os cumulativos em atraso”.

² VALVERDE, Trajano de Miranda. **Sociedades por ações**, Rio de Janeiro, Forense, 1959, v. II, p. 65.

³ PEIXOTO, Carlos Fulgência da Cunha. **Sociedades por ações**, São Paulo, Saraiva, 1972, 2º v. p. 359.

⁴ § 1º, do art. 111 — “As ações preferenciais sem direito de voto adquirirão o exercício desse direito se a companhia, pelo prazo previsto no estatuto, não superior a três exercícios consecutivos, *deixar de pagar os dividendos fixos ou mínimos a que fizerem jus*, direito que conservarão até o pagamento, se tais dividendos não forem cumulativos, ou até que sejam pagos os cumulativos em atraso”.

⁵ MARTINS, Fran. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, Rio de Janeiro: Forense, 1984, 2ª ed. revista, v. 2, tomo I, p. 54

POS BATALHA⁶, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES⁷, ARNOLDO WALD⁸ e do Parecer CVM/SJU 129/83, porque, neste caso, os preferencialistas, para todos os efeitos, passavam a ser acionistas ordinários com direito de voto.

3. No exterior, essa orientação é uniforme e pacífica:

3.1. na Alemanha: “O direito ao dividendo privilegiado (...) é cumulativo (cfr. § 140 Abs. 2) e se não for pago, total ou parcialmente, num ano e (ou) no ano seguinte, permite aos acionistas privilegiados recuperarem o direito de voto, até que lhes sejam satisfeitas essas quantias (§ 140 Abs. 2 Satz lin fine)”⁹;

3.2. na Espanha: “... son aquellas (as preferenciais) que están desprovistas del derecho de voto y conceden a sus titulares ciertos privilegios de carácter patrimonial como contrapartida a la privación de aquel derecho”¹⁰;

3.3. na Itália: “In contrapartida della privazione di alcuni importanti diritti amministrativi (in specie del diritto di voto), il legislatore ha voluto riconoscere agli azionisti di risparmio una posizione patrimoniale privilegiata”¹¹;

3.4. na França: “La privation du droit de vote est conditionnelle, et le droit de vote à l’assemblée générale réapparaît si le dividende prioritaire n’est pas versé pendant un certain temps”¹².

4. Após a promulgação da Lei 9.457, de 1997, que alterou a redação do art. 17, da Lei 6.404, de 1976, sem, entretanto, modificar o § 1º, do art. 111, os estudiosos continuaram a proclamar que **os preferencialistas, se a companhia deixar de pagar dividendos por três exercícios consecutivos**

⁶ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**, Rio de Janeiro, 1977 v. 2, p. 552

⁷ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**, São Paulo: Saraiva, 1980, 2º v., p. 236.

⁸ WALD, Arnoldo. “Do direito de voto dos titulares de ações preferenciais após o decurso de três exercícios sem pagamento de dividendos.” RT nº 634, 1988, p. 10

⁹ CUNHA, Paulo Miguel Olavo de Pitta e. **Os Direitos Especiais nas Sociedades Anônimas: as Ações Privilegiadas**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 56

¹⁰ BATALLER, Carmen Alborch. **El derecho de voto del accionista**. Madrid, Ed. Tecnos, 1977, 1ª ed., p. 346

¹¹ BALZARINI, Paola. **Le azioni senza diritto di voto**. Milano, EGEEA, 1992, p. 32

¹² RIPERT, Georges. **Traité Élémentaire de Droit Commercial**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, deuxième édition par René Roblot, tome I, p. 766

tivos, adquirem o direito de voto, conforme enfatizam MODESTO CARVALHOSA¹³ e NELSON EIZIRIK¹⁴, por constituir-se o “preceito legal” (o do § 1º, do art. 111) o meio mais eficaz de “evitar uma das formas mais iníquas de domínio dos controladores”¹⁵.

5. Anote-se que o legislador, ao modificar a redação do art. 17, para criar o dividendo diferenciado em seu inciso I, e ao não alterar o § 1º, do art. 111, para inserir o vocábulo diferenciado, não suprimiu a regra de que os preferencialistas adquirem o direito de voto caso a companhia não distribua dividendos por três exercícios consecutivos: primeiro, porque assim sempre entenderam e doutrinaram os mais autorizados especialistas do Direito societário brasileiro desde 1940 até os nossos dias; segundo, em virtude da própria natureza das ações preferenciais; terceiro, pelo fato incontestado de que, não havendo rateio dos lucros e, em conseqüência, tendo sido frustrada a expectativa de obter vantagens e benefícios pecuniários em contrapartida da suspensão do exercício do direito de voto, os preferencialistas adquirem o direito político de votar, eis que “se não existe vantagem patrimonial não há como caracterizar a ação como preferencial; terá que ser considerada ordinária e terá direito de voto”¹⁶.

6. Esta a lição de ALFREDO LAMY FILHO, que, com a inconteste autoridade de ínclito autor do Anteprojeto de LSA, em notável pare-

¹³ “(...) as preferenciais com dividendo calculado sobre o lucro do exercício obrigatoriamente terão o direito de receber o diferencial de 10% sobre o valor pago às ordinárias. Conseqüentemente, poderá o estatuto suprimir total ou parcialmente o direito de voto (art. 111 e 19). Às ações com dividendo fixo ou mínimo, somente poderá ser restringido o direito de voto se o estatuto prever a suplementação do dividendo, 10% maior do que o valor pago às ações ordinárias. (...) A simples acumulação das vantagens (dividendos e reembolso), sem a previsão de suplemento a maior, torna inaplicável o art. 111, não podendo haver qualquer restrição ao direito de voto. (...) *Se a promessa estatutária de dividendo preferencial não se cumprir, surge o direito de voto do acionista preferencial*” (CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, São Paulo, Saraiva, 1998, 2ª ed., v. 1, pp. 144/145 e v. 2, p. 357).

¹⁴ “A partir da reforma instituída pela Lei nº 9.457/97, as vantagens atribuídas aos titulares de ações preferenciais passam a ser *efetivas*; devem eles receber *sempre* um dividendo superior ao distribuído às ações com direito de voto; *se assim não proceder a companhia, os preferencialistas adquirem direito de voto, posto que desaparece o fundamento legal para a sua supressão.*” (EIZIRIK, Nelson. **Reforma das S.A. e do mercado de capitais**, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 44/45).

¹⁵ CARVALHOSA, ob. e v. cit., p. 357.

¹⁶ LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A Lei das S.A.**, RJ.: Renovar, 1996, v. II, p. 148.

cer, extraído dos autos da ação ordinária nº 951/2000, em trâmite perante a 1ª VC da Comarca de Mirassol/SP, em que se discute se as ações preferenciais com dividendo diferenciado têm ou não direito de voto, pontifica:

“Toda ação preferencial — excluída do direito de voto em troca de uma vantagem patrimonial — readquire o exercício desse direito se a sociedade, gerida pelos acionistas ordinários, não realiza a finalidade para a qual foi constituída, de gerar lucros e distribuir dividendos”.

7. A seu turno, ARNOLDO WALD, em excelente parecer, entranhado nos mesmos autos, afirma:

“A interpretação lógica e sistemática dos arts. 17 e 111 da Lei nº 6.404/76, bem como a investigação da finalidade econômica das mencionadas normas legais, levam a concluir que a aquisição do direito de voto, prevista no § 1º do art. 111, é dirigida a todo acionista preferencial, independentemente da forma de preferência estatutariamente conferida, inclusive dividendos fixos e mínimos”.

8. A sua vez, MODESTO CARVALHOSA, em parecer lapidar, que também instrui a citada ação ordinária, assegura:

“(…) As ações preferenciais sem direito de voto adquirirão o exercício desse direito se a companhia, pelo prazo não superior a três exercícios consecutivos, deixar de pagar os dividendos que por lei ou pelo Estatuto lhes são prioritariamente assegurados, sejam eles dividendos mínimos obrigatórios (art. 222), sejam dividendos fixos, dividendos mínimos, ou ainda, dividendos sobre os lucros do exercício.

(…) Excluir do exercício do direito de voto, previsto no § 1º do art. 111, as ações preferenciais com prioridade no reembolso ou então com dividendos sobre os lucros no exercício seria enormemente discriminatório, não comportando a lei tal iniqüidade”.

9. Portanto, a despeito de não ter sido modificada a redação do § 1º, do art. 111, sua interpretação deve ser consentânea com o espírito do “microsistema” societário, que, repita-se, à exaustão, visa garantir efetiva vantagem patrimonial aos acionistas preferencialistas privados do direito de voto, conforme doutrina CARMEM ALBORCH BATALLER, nas pala-

bras de FRAN MARTINS “uma das maiores autoridades européias sobre o direito de voto dos acionistas”¹⁷:

“(...) se a sociedade não obteve lucros e, portanto, não pode distribuí-los e satisfazer aos interesses dos acionistas privilegiados, de alguma forma deve intentar compensar ditos acionistas. O reconhecimento do direito de voto atua, nesse sentido, concedendo oportunidade aos acionistas para que intervenham nas assembléias gerais, podendo, inclusive, se bem que de fato não o façam, intervir na adoção de acordos, evitando, em última instância, presumíveis abusos por parte dos acionistas ordinários ou também exigir responsabilidades dos administradores”¹⁸.

10. Por fim, atente-se que, no julgamento de Recurso da PLASCAR PARTICIPAÇÕES INDUSTRIAIS S.A. (Proc. nº RJ 2002/2941), dirigido ao Colegiado da CVM, a Prof. NORMA JONSSSEN PARENTE, em notável voto, assentou:

“Efetivamente, seria iníquo para o acionista, que tem como contrapartida da exclusão de seu voto o recebimento de um dividendo privilegiado, assistir amordaçado ao desenrolar da decadência da sociedade sem poder interferir. É irrazoável admitir-se que fique à frente da sociedade quem deu margem aos prejuízos, sob o risco de se atingir a total desvalorização do patrimônio social. Evidentemente não foi esse desígnio antidemocrático que movimentou o legislador. O espírito é permitir o exercício do poder de controle pelos acionistas prejudicados, ao menos, até que a sociedade retorne a seu rumo.

Já é questionável, em termos de boa Governança Corporativa, a existência de ações sem direito de voto, quiçá admitir-se que tais ações também fiquem indiscriminadamente privadas de participar dos lucros, direitos intangível do acionistas.

O direito de participar dos lucros sociais tem caráter periódico (anual). Assim, a cada ano em que não se pagam os dividendos, está se impedindo um direito essencial do acionista. A

¹⁷ “Direito de voto de ações preferenciais”, in **Novos estudos de direito societário**, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 94

¹⁸ **El derecho de voto del accionista**, Madrid, Technos, 1977, *apud* FRAN MARTINS, art. cit., p. 94

contrapartida para essa obstrução só pode se o direito de votar para tentar sustar a infração continuada. Trata-se de direito individual do acionista, ope legis, insuscetível de modificação, nem mesmo pela Assembléia Geral.

Assim, a única conclusão lúdima acerca do pleito é de que todos os preferencialistas adquirem o direito de voto após a inadimplência contínua da companhia, em razão da própria natureza das ações preferenciais”.

11. Com apoio na abalizada opinião desses renomados mestres, podemos afirmar que as ações preferenciais de qualquer espécie e por conseguinte, as ações preferenciais com dividendo diferenciado, adquirem o exercício do direito de voto se a companhia deixar de pagar dividendos pelo prazo previsto no estatuto social, não superior a três exercícios consecutivos, com a devida vênua dos doutos FABIO ULHOA COELHO¹⁹, LUIZ LEONARDO CANTIDIANO²⁰, PAULO CESAR ARAGÃO²¹, PAULO AFONSO DE SAMPAIO ARAGÃO²² e LESLIE AMENDOLARA²³, que defendem ponto de vista contrário. ◆

¹⁹ Parecer também entranhado nos autos do Proc. nº 951/2000.

²⁰ Revista ABAMEC-RJ, outubro 1997.

²¹ A Reforma da Lei das S.A., Jorge Lobo - Coordenador: Atlas, p. 158/169.

²² S.A. - Como era e como ficou após a Lei nº 9.457/97: Oliveira Mendes.

²³ O direito dos acionistas minoritários, p. 55.

Os Princípios da Tutela ao Consumidor na Formação e Execução dos Contratos Sob a Lei nº 8.078/90

CRISTINA TERESA GAULIA

Juíza de Direito, Auxiliar na Presidência do TJ/RJ

CAPITULO I – INTRODUÇÃO

O estudo dos contratos na esfera jurídica, e o de seus efeitos na realidade da vida dos contratantes e no campo social, tem sido um dos temas que mais fascinam os juristas e operadores do direito.

E isso ocorre, não só porque toda a vida moderna, como a conhecemos, é contratual, mas também porque as novas fórmulas relacionais engendradas pela sociedade mutável, em face da (r)evolução dos costumes sociais, traz dia após dia novos tipos pactuais que, mais e mais, regulam a convivência.

Uma das conseqüências do momento pelo qual passam as relações jurídico-sociais na atualidade é que a legislação migrou de um modelo meramente regulamentar e casuísta, que simplesmente enumerava as hipóteses contratuais das quais tratava, para um modelo muito mais fortalecedor do conteúdo ético dos contratos, modelo este que, em última análise, é atemporal, pois imprime na lei as conquistas do homem na sociedade através de sua caminhada histórica.

Além disso, a guinada legislativa em favor de comandos principiológicos resgata a possibilidade de interpretações solidaristas, de cuja falta tanto se ressentia a sociedade brasileira atual.

Esses novos paradigmas, diferentes do modelo legal clássico, respeitam a sociedade plural em que vivemos, o tratamento desigual dos desiguais para o atingimento da verdadeira isonomia, além de inundarem a legislação ordinária do espírito constitucionalista, que coloca a Constituição da República no lugar onde sempre deveria ter estado: o ápice da pirâmide normativa estatal.

E foi a Constituição Federal de 1988, fonte inspiradora da legislação infraconstitucional de cunho principiológico, que veio a modificar irreversivelmente a tradição legislativa brasileira.

Não poderia, aliás, ser de outra forma, uma vez que a Carta Magna, em verdade, espelha no campo legal as diversas transformações fáticas que ocorreram no Brasil, no âmbito político, econômico e social, nas décadas que a antecederam.

Essa nova realidade, profundamente marcada pela desigualdade entre os cidadãos brasileiros, exigia o aperfeiçoamento de mecanismos jurídico-políticos, que operacionalizassem um intervencionismo estatal nas relações privadas de molde a efetivar, mesmo que paulatinamente, a diminuição do profundo abismo existente entre as classes sociais brasileiras.

É neste contexto que surge a Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em obediência ao comando do artigo 5º inciso XXXII da Constituição Federal, que torna a defesa do Consumidor direito e garantia fundamental. Tal garantia é reforçada emblematicamente a seguir, no Título VII da Constituição que trata “Da Ordem Econômica e Financeira”, estabelecendo-se como *princípio* de valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, com o fito de assegurar a todos os brasileiros uma existência digna dentro da busca constante sinalizada pelo norteador maior do Estado Democrático de Direito, significado da justiça social presente no inciso V do artigo 170, a “*defesa do consumidor.*”

Não se olvide ainda, que o Código de Defesa do Consumidor veio a lume obedecendo comando constitucional específico, que o constituinte inseriu no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a saber: “*O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.*”

E, malgrado a Lei nº 8.078/90 só tivesse estreado no cenário nacional mais de dois anos após o prazo inicialmente previsto no ADCT, o fato é que a lei consumerista inicia sua vigência traçando uma trajetória de mudanças de base na operacionalização do direito contratual no Brasil.

A respeito citem-se as considerações do Juiz Werson Rêgo:

“Os contratos, diante dessa “força maior social”, devem se ajustar à nova realidade, repartindo-se adequadamente os riscos, impedindo-se que uma das partes se locuplete às custas da vulnerabilidade da outra. Ao Estado, portanto, compete zelar

pela manutenção do equilíbrio das relações sociais, autorizando-se a sua intervenção em um negócio jurídico, para, sanando a deficiência ou irregularidade ali verificada, restaurar a harmonia rompida, mantendo-se a paz social.”¹

CAPÍTULO II – CONTRATOS – EVOLUÇÃO DO DOGMA DA AUTONOMIA DA VONTADE

A Professora Cláudia Lima Marques inicia sua obra sobre os contratos à luz da Lei nº 8.078/90, de modo a não deixar dúvidas sobre a origem e o valor deste instrumento de regulação das relações sociais.

Diz a renomada consumerista:

“A idéia de contrato vem sendo moldada, desde os romanos, tendo sempre como base as práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época. O contrato, por assim dizer, nasceu da realidade de social.”²

Em verdade, os paradigmas norteadores do contrato, e é esse o tema do presente trabalho, atravessaram as diferentes fases históricas assentando-se em critérios principiológicos diferentes, e até divergentes, porque tal ou qual era a exigência socioeconômica vigorante.

As oscilações substanciais, sublinhe-se, foram inicialmente de forma e conteúdo meritório, mas, pouco a pouco se fixaram também em *topoi* principiológicos que visavam a estabelecer caminhos interpretativos para as hipóteses de surgimento de conflitos entre os contratantes.

É no tocante a esses dogmas hermenêuticos que o Código de Defesa do Consumidor produz um evolução sistemática substancial, transformando os contratos em “relacionais”, e redefinindo seus conteúdos para ajustá-los à realização dos legítimos interesses não mais somente de uma das partes, mas sim de ambos os contratantes.

Muito embora a história do contrato, consoante ensinamento dos especialistas, nasça com o direito romano, não é neste que se encontra a gênese da idéia da autonomia da vontade, como hoje a abordamos e conceituamos.

¹ RÊGO, Werson. **“O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a nova Concepção Contratual e os Negócios Jurídicos Imobiliários: Aspectos Doutrinários e Jurisprudência”**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 2.

² MARQUES, Cláudia Lima. **“Contratos no Código de Defesa do Consumidor”**. 3ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 35.

Os romanos não estruturaram os contratos sobre uma base fundamentalmente volitiva: o contrato passa a ser um acordo obrigatório, a respeito de uma questão de interesse comum, após devidamente formalizado.

Os romanistas nos apresentam as figuras de três contratos em que sobrelevam as formas: os literais (*litteris*), em que era obrigatória a forma escrita; os verbais (*verbis*), que se confeccionavam com a troca de palavras rituais, e, os reais (*re*), que se perfaziam com a entrega (tradição) do bem sobre o qual versava o contrato.

Ensina a Professora Alinne Arquette Leite Novais:

*“Tais contratos eram munidos de ação, o que os diferenciava de outros acordos, não admitidos como contratuais, chamados de **pacta**. Posteriormente, quatro pactos muito utilizados (venda, locação, mandato e sociedade) foram munidos de **actio**, e portanto, elevados à categoria de contratos, fazendo surgir os contratos consensuais, dando início à construção do princípio do consensualismo, que hoje norteia o direito contratual. Depois disso, a diferença entre contrato e pacto foi abolida, já que todas as convenções passaram a ser acompanhadas de ações.”*³

Observe-se assim que, como a sociedade romana era formada por iguais, uma vez que só eram cidadãos romanos, capazes portanto de contratar, os nascidos de cidadãos romanos em terras do império (as mulheres, os estrangeiros e os escravos não podiam contratar), era mais que natural que a característica primordial do contrato em seu nascedouro, repousasse na *forma* e na *tipologia* (objeto), uma vez que os cidadãos romanos respeitavam-se uns aos outros, enquanto homens livres e iguais, sendo o contrato produto de suas necessidades externadas e formalizadas.

Não havia questionamento a respeito da vontade (a teoria dos vícios do consentimento surge muito depois), o contrato era fórmula de “troca de prestações, um receber e prestar recíproco”⁴, constituindo-se, uma vez preenchidos os requisitos de forma, em uma espécie de lei privada que se impunha às partes.

Já o direito canônico traz um novo enfoque da vontade como pressuposto básico ensejador do vínculo obrigacional que se estabelece a partir do contrato.

³ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. “A Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35.

⁴ MARQUES, *idem*, *ibidem*, nota de rodapé nº 9, p. 36.

Afastando a importância que os romanos depositavam nas solenidades e rituais, os canonistas, fizeram incidir sobre a palavra empenhada, como exteriorização da vontade moral, a força obrigatória dos contratos.

Destarte, o contrato passa a impor deveres aos contratantes, não porque pactuado ritualisticamente, mas porque fruto da vontade manifestada à outra pessoa.

A palavra dada era tida como sagrada, e o seu descumprimento, pecaminoso.

Segundo os ensinamentos de Judith Martins-Costa:

*“Ora, a Igreja atribuía valor moral à promessa, ou ao consentimento, porque **a mentira é pecado**, catalogado pelos teólogos ao lado dos “pecados da língua”... .*

Se considerado que quem promete deve cumprir a palavra dada, sob pena de incorrer em pecado, a regra, de preceito moral, se faz jurídica: pode-se pois, admitir que o simples acordo obriga, que todo formalismo é supérfluo.”⁵

Porém, é oportuno pontuar que, é também no direito canônico que surge o contraponto da teoria da autonomia da vontade: a cláusula **rebus sic stantibus**, uma vez que a promessa empenhada era obrigatória, quando a situação fática dos contraentes permanecia a mesma ao longo do período de duração do contrato.

Mas é efetivamente a partir das grandes codificações civis e na ciência jurídica do século XIX que vamos encontrar a sedimentação efetiva do princípio dogmático da autonomia da vontade.

Esclarece o jurista italiano Enzo Roppo:

“A concepção de contrato que convencionalmente sintetizamos como “ideologia da liberdade contratual”, documentando a sua adequação aos interesses e às exigências da sociedade burguesa, alimenta o pensamento jurídico novecentista e informa as grandes codificações daquele século: em primeiro lugar, a francesa (o code civil de 1804), sobre cujo modelo será, em larguíssima medida, decalcado o código civil italiano post-unitário (1865); e depois a alemã que ocorreu em 1896 com o Bürgerliches Gesetzbuch

⁵ MARTINS-COSTA, *idem, ibidem*, nota de rodapé nº 14, p. 129/30.

*(BGB), entrando em vigor no 1º de Janeiro de 1900 e ainda vigente (assim como ainda vigora em França o código napoleônico). Mas naturalmente aquela concepção ideológica colora-se, em cada um dos países considerados, de peculiaridades cambiantes nacionais, assume formas específicas, traduz-se em expressões conexas com as particularidades do contexto histórico, econômico, social e cultural em que actua. Descrever os modos como a ideologia da liberdade de contratar se exprime na codificação francesa e na codificação alemã significa delinear os dois grandes sistemas que (juntamente com o da **common-law** anglo-americano, não traduzido num texto codificado) adoptaram historicamente, aquela ideologia, no quadro da evolução jurídica do ocidente capitalista, tornando-se como que modelos para grande parte dos outros sistemas nacionais”.*⁶

É preciso, entretanto, que se pondere que a “Willenstheorie” (teoria da vontade do direito alemão) tem sua origem nos estudos e ensinamentos de Kant que, justamente em momento histórico anterior, recolocava o ser humano no centro das preocupações filosóficas.

Kant trabalha com a idéia da “vontade boa em si mesma”, acoplando à razão humana um padrão de eticidade inata que faria dos homens seres aptos a praticar ações volitivas sempre predispostas ao bem.

A liberdade seria, portanto, passível de ser plenamente exercitada, pois que os elos morais internos da vontade humana (limites éticos) serviriam para limitá-la quando necessário.

E é exatamente essa vontade interior do homem, livre de vícios, que muito embora não sendo sagrada, como pretendia o direito canônico, se revela a fonte do contrato, base de sustentação do comprometimento dos contratantes ao realizarem seus negócios.

Assim sendo, a vontade ética, própria dos homens livres, conduziria a contratações entre iguais que, em consequência, seriam obrigatórias para aqueles que assim se comprometeram. O contrato seria uma espécie de lei recíproca que as próprias partes se outorgam uma à outra, e porque a vontade se transforma em lei, mesmo que privada, é de ser necessariamente cumprida.

A mesma influência se percebe no direito francês, sendo que o dogma filosófico da autonomia da vontade se fortalece em França como corolário da Revolução Francesa, que, ao abater os privilégios

⁶ ROPPO, Enzo. “O Contrato”, Coimbra, Livraria Almedina, 1988, p. 40/41.

nobiliárquico-clericais, fortalecendo no espírito da burguesia a idéia de igualdade entre todos os homens, se une às teorias econômicas nascentes que demandavam a circulação de riquezas, para que se desenvolva esse novo modelo de sociedade.

Esse voluntarismo surge pois em decorrência das “teorias econômicas do século XVIII”, e em resposta ao corporativismo e às limitações impostas pela igreja católica, que propõe a liberdade como panacéia universal.⁷

É este o modelo que o Estado Moderno incorpora.

Regido pelo liberalismo econômico – política econômica do não intervencionismo do Estado nas relações econômicas (“*laissez-faire, laissez-passer*”), o Estado Liberal moderno delega aos contratantes o poder de regular entre si, sem interferência da autoridade, suas relações individuais, as quais em realidade, são as relações do todo social.

O modelo liberal torna-se, assim, a teoria jurídica tradicional do contrato que é incorporada pelas legislações civis do século XIX a que nos referimos acima.

À guisa de exemplificação, citamos o artigo 1134 do Código Civil francês que dispõe:

“as convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei relativamente às parte que a fizeram.”

Esta a concepção clássica do contrato, repetida pelos manuais de Direito Civil no Brasil e no exterior, e que o Professor, e renomado civilista, Caio Mário da Silva Pereira tão percucientemente esclarece nas Instituições:

“A ordem jurídica, que assegura aos indivíduos a faculdade de criar direito e estabelecer uma vinculação efetiva, não se contenta com isto, e concede-lhes a liberdade de contratar. No plano puramente civilístico, esta se exerce e concretiza nos quatros momentos fundamentais da existência dos ajustes: A – Em primeiro lugar, vigora a faculdade de contratar e de não contratar, isto é, o arbítrio de decidir, segundo os interesses e conveniências de cada um, se e quando estabelecerá com outrem um negócio jurídico-contratual. ... B – Em segundo lugar, a liberdade de contratar implica a escolha da pessoa com quem fazê-lo, bem como do tipo de negócio a efetuar ... C – Em terceiro lugar, a liberdade de contratar espelha o poder de fixar o conteúdo do

⁷ MARQUES, *idem, ibidem*, nota de rodapé n° 9, p. 43.

contrato, redigidas as suas cláusulas ao sabor do livre jogo das conveniências dos contratantes ... D- Finalmente, uma vez concluído o contrato, passa a constituir fonte formal de direito, autorizando qualquer das partes a mobilizar o aparelho coator do Estado para fazê-lo respeitar tal como está, e assegurar a sua execução segundo a vontade que presidiu a sua constituição. Em suas linhas gerais, o princípio da autonomia da vontade, que genericamente pode enunciar-se como a faculdade que têm as pessoas de concluir livremente os seus contratos.”⁸

As grandes codificações do século XIX, que solidificaram as relações civis do século XX, sedimentaram através de seus ditames o culto ao indivíduo, ao subjetivismo, com lastro na liberdade e igualdade formais de todos perante a lei, e mantiveram o Estado qual “vigia da noite”, consciente apenas de que deveria “guardar” os contratos, mas desconhecendo por completo seus conteúdos ou os efeitos de seu cumprimento ou descumprimento, no coração da sociedade civil.

Como ensina Boaventura de Souza Santos:

*“À medida que o direito se foi tornando estatal, foi-se tornando também científico. Na Europa, foi a **Pandektenwissenschaft** alemã que desenvolveu, como já dissemos, a mais notável cientifização do direito moderno, no domínio do direito privado. O caráter científico do formalismo jurídico do Código Civil alemão de 1900 é o seu exemplo mais acabado. Mas as Pandectas foram apenas uma manifestação extrema de um processo muito mais vasto de cientifização do direito moderno tendente a transformar o direito num instrumento eficaz de engenharia social oficial. À medida que o direito foi politizado, enquanto direito estatal, foi também cientifizado, contribuindo assim, pela sua reconstrução científica do Estado, para despolitizar o próprio Estado: a dominação política passou a legitimar-se enquanto dominação técnico-jurídica.*

A hiperpolitização do direito foi, assim, um requisito necessário para a despolitização do Estado. Dentro do Estado, o direito tornou-se autônomo, como parte do mesmo processo histórico

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. III, p. 9-10.

que, no sistema capitalista, colocou o Estado fora das relações sociais de produção. Por exemplo, a divisão entre direito público e direito privado estabelece uma distinção real entre o direito que vincula o cidadão ao Estado e o direito que está à disposição dos cidadãos e que eles utilizam nas relações entre si. Esta distinção real resulta da ilusão de que o direito privado não é um direito estatal.”⁹

Desse modo, os princípios do direito civil que regeram os contratos do Estado Liberal, a liberdade de contratar e a autonomia da vontade, dos quais decorriam a força obrigatória dos pactos (*pacta sunt servanda*) e o total abstencionismo do Estado, levaram os cidadãos a entrar na sociedade de massa, que se constituiu a partir da segunda metade do século XX, totalmente desprotegidos, e inabilitados a exercerem a cidadania solidarista que a sociedade civil pós-moderna necessita.

Tal qual o Estado ausente, que não interferia, e tampouco alertava, cuidava e protegia, privilegiando tão só uma suposta igualdade de todos que na realidade não se concretizava, pois a desigualdade abandonada pelo Estado grassava cada vez mais profunda, também a cidadania brasileira tornou-se ausente, distante e não interferente em relação aos interesses sociais comuns.

Os dogmas do Estado Liberal, portanto, não conduziram os brasileiros à emancipação esperada, deixando-os entregues à própria sorte (sorte?) de sua liberdade.

CAPÍTULO III - NOVOS PARADIGMAS MODELADORES DO CONTRATO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A transição democrática pela qual o País passou, a partir da década de 80, impôs novos norteadores organizacionais para a sociedade civil.

Esta, ao invés de continuar a ser regida exclusivamente pelo Código Civil, que se encontrava no ápice da pirâmide legislativa a seus princípios interpretativos submetendo-se, supostamente, toda a sociedade nas suas relações, e mesmo a legislação especial, passou a ser regulada por um novo texto constitucional, que com sua principiologia vinculou o legislador ordinário, submetendo toda a legislação infraconstitucional, vigente ou a viger, aos valores projetados pelo texto maior.

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente - Contra o Desperdício da Experiência**. 3ª ed., São Paulo, Cortez Editora, v. 1, p. 143.

O princípio da supremacia constitucional passou assim a vincular, não só todo o ordenamento jurídico nacional, como também, por igual, todos os que se dispõem a operacionalizar o direito.

Esta nova orientação normativa veio a se somar ao movimento, que já se desenvolvia no mundo, de implementação de uma nova dogmática contratual mais apta à proteção de valores sociais, necessários ao expurgo da desigualdade e da exploração dos mais fracos, através de instrumentos ratificados pelo Estado.

Os ventos inafastáveis da mudança social chegam assim ao campo jurídico, e impelem os juristas a se adaptarem ao novo modo de concretizar a Justiça: o direito antes centrado na letra da lei, se transforma sob a ótica principiológica, requerendo uma análise mais humanista tanto dos textos desta, como dos próprios contratos.

E, muito embora os mais afoitos apregoem o desaparecimento dos dogmas da teoria contratual clássica, estes não desaparecem na sociedade pós-moderna de que se está aqui a falar, sendo tão-só temperados por uma principiologia garantista, que se aprimora com o que a Procuradora do Estado de Minas Gerais Carmem Lúcia Antunes Rocha denomina de “ação afirmativa” do Estado para a superação das desigualdades.

CAPÍTULO IV – A PRINCIPIOLOGIA NORMATIVA DE LEI Nº 8.078/90

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, filho dileto da Constituição Federal de 1988, inaugura uma fase de revalorização ética do contrato, na qual os princípios clássicos sofrem uma adaptação aos novos paradigmas principiológicos.

Tais paradigmas criam um verdadeiro campo de força protetor das relações contratuais de consumo, que se estende desde a fase pré-contratual, em que o fornecedor está oferecendo indiscriminadamente ou apenas publicizando seus produtos e serviços, até a fase pós-contratual, em que, muito embora já cumprido o objeto primevo do contrato propriamente dito, ainda assim subsistem obrigações relativas aos efeitos do pacto.

“*Assistimos então*”, a partir do CDC, “*ao fim do dogma da autonomia da vontade, no que respeita à proteção contratual*”, nos ensina a Procuradora de Justiça Heloísa Carpena, acrescentando ainda que “*a função social do contrato, reconhecida na nova teoria contratual, transfor-*

ma-o ... em instrumento jurídico para a realização dos legítimos interesses dos consumidores.”¹⁰

Sob essa nova luz é, portanto, de suma importância visualizarmos que o consumo de produtos e serviços, na sociedade pós-moderna de massa em que vivemos, acaba com a personalização das relações, e o reflexo dessa massificação, agora já globalizada, é que com muita facilidade se perde o sentido maior inerente a essas mesmas relações.

Desse modo, se no passado o contrato era simples instrumento jurídico para o movimento de riquezas no mercado, dando-se ênfase ao seu caráter individualista, hoje, na sociedade global, massificada, multicolorida, plural e anônima, o contrato passou a ter uma outra conotação: tornou-se ferramenta de asseguramento, inclusive de direitos de cidadania.

O que se quer dizer é que, há algum tempo, um contrato relativo, por exemplo, à prestação do serviço de telefonia, era considerado um mero acordo de vontades, em que aquele contratante que podia pagar certo valor, frequentemente alto (os telefones em determinadas regiões do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, chegavam a custar a exorbitância de R\$ 9.000,00), voluntariava-se por sua conta e risco, junto a intermediários de telefonia no mercado, e assim obtinha um bem. Circulava assim a “riqueza” através do contrato, vez que o dinheiro saía do bolso do adquirente para o do “vendedor”, e este lhe transferia o telefone que se incorporava ao patrimônio daquele.

Todavia, reconheceu-se que, em verdade, a telefonia é mais do que a simples transferência de bens patrimoniais entre indivíduos, o telefone não é equiparável a uma jóia ou a um automóvel último tipo. Chegou-se à conclusão de que a telefonia é serviço essencial, sem o qual o cidadão fica alijado do processo de interação com o próximo, com o grupo, com o mundo.

Ou seja, no mundo globalizado e informatizado em que se vive, configura-se uma *capitis deminutio* a oferta privada, ou setorizada, de telefones. Aqueles que não dispõem de telefone são, por conseguinte, “menos cidadãos” que aqueles outros para quem o serviço foi disponibilizado.

A telefonia torna-se assim fórmula de inclusão ou exclusão de cidadãos, já que a comunicação unida à informação, é fonte de obtenção de poder.

Neste diapasão, fácil é concluir-se que os direitos do consumidor são em verdade direitos de garantia de cidadania, porque do mesmo modo como

¹⁰ CARPENA, Heloísa. “Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor”, in: **Revista de Direito do Consumidor** n° 28: Revista dos Tribunais, out/dez-1998, p. 61.s

aqui descrevemos a necessidade do acesso de todos à telefonia, poderíamos ter trabalhado com outros produtos e serviços que por igual nos levariam à mesma conclusão.

O consumidor (cidadão) passou assim a ter necessidade de uma legislação que lhe garantisse proteção efetiva para que pudesse ser livre e igual neste tipo de contratação.

Daí a importância dos parâmetros protetivos da Lei nº 8.078/90: o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, a boa-fé objetiva, o princípio da transparência máxima, o reconhecimento do instituto da lesão e o dirigismo contratual.

4.1 – O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE

O princípio norteador fundamental de toda a legislação protetiva do consumidor é o princípio da vulnerabilidade que aparece no inciso I do artigo 4º da Lei nº 8.078/90:

“A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; ..” (grifamos).

A vulnerabilidade do consumidor é, por conseguinte, o ponto nodal do qual deve partir o intérprete para apreciar a situação contratual entre consumidor e fornecedor. É a base de sustentação da lei, sua nascente e estímulo de compreensão. A vulnerabilidade é o princípio reitor da legislação consumerista, substrato que reforça todos os demais princípios e dispositivos legais.

A lei vem, portanto, para proteger a parte mais frágil, sublinhando a desigualdade entre o consumidor e os fornecedores e estabelecendo a necessidade de uma ação afirmativa e garantista por parte do operador do direito: sempre que se estiver diante de uma situação de conflito envolvendo consumidores e fornecedores, deve o aplicador do direito lembrar-se de que a Lei nº 8.078/90 veio para proteger o consumidor em face de sua vulnerabilidade.

Como ensina Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “a vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos.”¹¹

O princípio, ora em análise, pretende concretizar a prática da igualdade, reequilibrando a disparidade de forças existente entre o consumidor e o fornecedor, e assim instrumentalizando e fortalecendo o primeiro em sua relação com o segundo no mercado de consumo.

A fórmula como tal parâmetro se concretiza na realidade dos contratos pode ser demonstrada pelos seguintes Julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: 1) TJ/RJ, 18ª C.C., Apelação Cível nº 1998.001.12859, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. em 09.12.98; 2) TJ/RJ, 15ª C.C., Apelação Cível nº 2001.001.019059, Rel. JDs. Antônio Saldanha Palheiro, v.u., 31.10.2001.

Em ambas as hipóteses se pode ter a percepção clara de como o novo paradigma fortalece o princípio da igualdade, na acepção aristotélica do tratamento desigual dos desiguais.

Conforme ensinamento do Ministro Ruy Rosado de Aguiar,

*“A nova lei significa abrupta passagem do sistema obrigacional implantado pelo Código Civil ... para um sistema que parte do pressuposto da desigualdade e considera que o mais fraco tem menor liberdade ...”*¹²

Nesse compasso, como meio de dar efetividade à norma cogente do inciso I do artigo 4º da Lei nº 8.078/90, que ressalta o caráter de ordem pública e interesse social, é esperado do intérprete, mormente quando se trata de operacionalizar a lei, que diante de relação de consumo, o primeiro olhar deve ser, de plano, no sentido da posição vulnerável em que se encontra o consumidor ante o fornecedor, o qual sempre teve em suas mãos o total controle do mercado.

Cabe ressaltar que há certa confusão terminológica entre a vulnerabilidade e a hipossuficiência, dois conceitos de diverso alcance no âmbito legal.

¹¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **CDC Comentado**. 3ª ed., São Paulo, Editora Forense Universitária, 1993, p. 224-5, *apud* MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor – O Princípio da Vulnerabilidade no Contrato, na Publicidade, nas demais Práticas Comerciais**, Porto Alegre, Síntese, 1999, p. 105).

¹² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. “Aspectos do Código de Defesa do Consumidor”, *in* **Revista Ajuris**, nº 52, p. 186.

A vulnerabilidade é presumida de forma absoluta pela lei, e se estende a todo aquele que couber nas definições legais de consumidor. A proteção à vulnerabilidade do consumidor é o toque diferencial desta lei, sua razão existencial.

Já a hipossuficiência, aparece não como princípio norteador de toda a lei, mas como característica particular a ser identificada para finalidade de cunho processual, podendo ser considerada sob diversos ângulos (técnico, jurídico, fático).

De modo que, e malgrado entendimentos contrários de diversos juristas, a vulnerabilidade é uma e sempre presente, a hipossuficiência é que comporta especificidades, podendo, no caso concreto, ser afastada.

4.2 – O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé objetiva, como o estudaremos abaixo, nos é legado pela fórmula do § 242 do BGB, o Código Civil Alemão.

Tal parâmetro é percucientemente analisado pela Professora Judith Martins-Costa, de cuja obra se transcreve o significativo texto abaixo:

*“Ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional. A boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento leal. É, por isso mesmo, uma norma necessariamente nuançada, a qual, contudo, não se apresenta como um “princípio geral”, ou como uma espécie de panacéia de cunho moral incidente da mesma forma a um número indefinido de situações. É norma nuançada – mais propriamente constitui um modelo jurídico – na medida em que se reveste de variadas formas, de variadas concreções, denotando e conotando, em sua formulação, uma pluridiversidade de elementos entre si interligados numa unidade de sentido lógico.”*¹³

¹³ MARTINS-COSTA, *idem, ibidem*, nota de rodapé nº 13, p. 412.

Tais ensinamentos são complementados pelas lições da Professora Cláudia Lima Marques, que identifica uma dupla função do princípio como novo paradigma da teoria dos contratos: *a boa-fé objetiva é fonte dos chamados deveres anexos*, regras comportamentais incidentes durante o vínculo contratual, *e se impõe como limite ao exercício dos direitos subjetivos*.¹⁴

Bons exemplos são encontrados nos seguintes Julgados do Tribunal de Justiça e das Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro: 1) TJ/RJ, 1ª C.C., Apelação Cível nº 1997.001.02261, Rel. Des. Paulo Sérgio Fabião, v.u., 26.08.1997; 2) TJ/RJ, 9ª C.C., Apelação Cível nº 2000.001.00141, Rel. Des. Jorge de Miranda Magalhães, v.u., 14.03.2000; 3) I Turma Recursal/RJ, Recurso inominado nº 2001.700.000094-8, Rel. Juiz Augusto Alves Moreira Junior, v.u., j. em 15/02/2001; 4) I Turma Recursal/RJ, Recurso Inominado nº 2001.700.001094-2, Rel. Juíza Gilda Maria Carrapatoso C. de Oliveira, v.u., j. em 15/03/2001.

É, portanto, diante do caso concreto, que os paradigmas de lealdade, cooperação e respeito pelas legítimas expectativas do parceiro contratual, se consubstanciam integrando comportamentos de boa-fé.

4.3 – O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA MÁXIMA

Um dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva é sem dúvida a obrigação de portar-se o fornecedor na relação de consumo com “transparência máxima”.

Tal dever, que como se viu acima, aparece explicitamente mencionado no *caput* do artigo 4º do CDC, gera como corolário os direitos básicos do consumidor inseridos nos incisos II e III do artigo 6º do Código, a saber:

“II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; ...”.

Transparência, na forma da definição vernacular, significa diafanidade, evidência, clareza.

¹⁴ MARQUES, *idem*, *ibidem*, nota de rodapé nº 9, p. 106.

Em função deste princípio maximiza-se a obrigação do fornecedor de esclarecer, clarear, informar detalhada e cuidadosamente, traduzir tecnicismos obscuros aos leigos, sublinhar e ressaltar cláusulas obscuras, dúbias e ambíguas, e aquelas em desfavor do consumidor, usar linguagem acessível ao homem médio local na redação dos contratos, não se utilizar de fórmulas genéricas e geradoras de interpretações variadas, não usar estrangeirismos e formulações restritivas a grupos de elite, e enfim, “oportunizar” ao consumidor o acesso a contratos, regulamentos, portarias, anexos e adendos, bem como a todos os documentos e informações que estejam direta ou indiretamente ligados à relação de consumo, e que possam, de qualquer forma, afetar o consumidor.

A própria Lei nº 8.078/90, em diversos de seus dispositivos, revela a importância deste norteador assecuratório. Assim, mencionem-se, v.g., os artigos 30, 31, 33, 36, 37, 40, 43, 46 e 54, § 3º.

Verifica-se, outrossim, a necessidade de maior transparência, por exemplo, nas fórmulas de cobrança utilizadas pelos fornecedores.

Veja-se a respeito a seguinte matéria jornalística :

“MP: Telemar suprimiu informações da conta. O promotor Rodrigo Terra, do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Consumidor do Ministério Público, abriu dois inquéritos contra a Telemar para que a empresa volte a publicar informações que foram suprimidas das contas telefônicas. Segundo Terra, até o fim de 2001 as contas vinham com o número de pulsos registrado na empresa. Assim, o consumidor podia saber a diferença dos pulsos entre um mês e outro. No outro inquérito, o promotor pede que volte a constar na conta o número sobre o qual foi eventualmente pedida alguma informação no serviço 102. Terra diz que o usuário Geraldo Pereira denunciou ao MP que, até dezembro de 2000, a leitura do contador ficava registrada na conta:”O consumidor diminuía a leitura do contador de um mês para o outro e tinha como reclamar, caso verificasse que a cobrança de pulsos fora indevida. Sem essa informação, fica difícil comprovar ...”. Rodrigo Terra observa que, pelo Código de Defesa do Consumidor, é direito básico do usuário ter informação adequada e clara sobre produtos e serviços:”O certo é cada pessoa ter um contador de pulsos, como de luz e de gás. A empresa diz que isso é impossível porque a rede não é toda

digitalizada. Então, a empresa tem que dizer o que tem registrado.”. A Anatel prevê clareza na conta. O artigo 54 da resolução 85 diz que o documento de cobrança deve corresponder a 30 dias de prestação de serviço e deve discriminar de maneira detalhada, clara e explicativa, todo e qualquer registro relacionado à prestação de serviço.”¹⁵

Demonstrando ainda como os princípios do Código de Defesa do Consumidor podem significar mudança efetiva das relações socioeconômicas, trazemos matéria jornalística sobre recentíssima Decisão do STJ envolvendo a ainda controversa questão dos juros e encargos cobrados pelas administradoras de cartões de crédito.

Diz a reportagem:

“STJ Obriga Operadora de Cartão a Detalhar Contas – A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu no dia 21 de maio que as administradoras de cartão de crédito têm a obrigação de prestar informações detalhadas sobre o seu relacionamento com outras instituições financeiras para alongar dívidas de clientes. Na prática a decisão poderá servir de base para que se reduzam as taxas de juros aplicadas pelas empresas aos clientes, pois como atuam de forma semelhante a uma procuradora do cliente, não poderão cobrar juros acima das taxas que captam no mercado financeiro para prolongar os débitos. A decisão do STJ analisou o recurso de um cliente contra a BB Administradora de Cartões de Crédito. A ação de prestação de contas foi extinta pela primeira instância por carência de ação, mesma forma como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou o recurso. Com a decisão do STJ, a ação volta a correr na 1ª instância gaúcha. Na prática, a decisão serve de jurisprudência para novos pedidos de prestação de contas, que podem detectar a forma como as administradoras de cartões de crédito cobram os juros de seus clientes que optam por refinarciar parte de suas compras. A cobrança de taxas de juros superiores às pagas às instituições financeiras é proibida.”¹⁶

¹⁵ VALOR ECONÔMICO, *Caderno Legislação e Tributos*, Rio, junho/2002.

¹⁶ VALOR ECONÔMICO, *Caderno Legislação e Tributos*, Rio, 27 de maio de 2002.

Na sociedade civil inclusiva que a Constituição Federal propugna, não há mais lugar para a ignorância dos concidadãos, uma vez que a falta de informações ou a utilização de informações falsas ou imprecisas, acarreta permissividade, uma espécie de “licença para mentir”, o que não se coaduna com os padrões de dignidade de vida que o Estado Democrático de Direito se propõe a assegurar.

Surgem ainda, pontue-se em conclusão, como deveres conseqüentes do dever de informar, os de aconselhar e cooperar com o contratante vulnerável, de modo a prevenir e evitar malversações posteriores de suas legítimas expectativas, bem como o dever de educar para o consumo consciente.

4.4 – O PRINCÍPIO DA LESÃO

Analisando a lesão, já ensinava o Professor Caio Mário da Silva Pereira em 1959:

“Ora, em última análise, o problema da lesão vai confinar com aquele outro muito mais grave - o da justiça - e de tal forma se entrelaçam que equacionar o primeiro é deduzir a fórmula do segundo. Conseguir que o contrato, sem deixar de ser a expressão da vontade das partes, estabeleça o equilíbrio seria deontologicamente muito simples. Bastaria fazer abstração dos apetites e paixões dos homens. Mas o jurista não pode perder de vista que a ambição é um dos móveis da conduta humana, e que a liberdade de ação dos indivíduos na sociedade está condicionada a fatores determinantes e modificativos de sua atuação. Quando duas pessoas ajustam um negócio, pode acontecer que ambas sejam iguais civil e economicamente, por isso mesmo capazes de suas vontades, e então a avença que cheguem a concluir participa da natureza livre dos contratante: mas pode também ocorrer que elas se achem em desigualdade manifesta, de tal forma que uma está em posição de inferioridade em relação à outra, ensanchando a esta aproveitar-se da desigualdade para tirar proveito exagerado de sua condição, e sacrificar-lhe o patrimônio. Analisando este ajuste, não à luz dos princípios comuns de direito positivo, mas sob o foco ideal daquele anseio de justiça, ou, mais precisamente da regra de conduta moral que

deve nortear as ações humana, chega-se à conclusão de que o negócio pode ser juridicamente perfeito, mas será moralmente repugnante. Deve o direito fechar então os olhos a este aspecto da vida, ou ao revés, cumpre-lhe interferir para disciplinar o proveito das partes contratantes? Aí temos a questão da justiça no contrato, ou seja, o problema da lesão”¹⁷

O instituto da lesão se concretiza no corpo da lei consumerista, no inciso V do artigo 6º, que enuncia ser direito básico do consumidor:

“a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”

Complementada tal disposição pelo inciso IV do artigo 54 da mesma lei que considera nulas de pleno direito as cláusulas que:

“coloquem o consumidor em desvantagem exagerada”

Também a Lei n.º 10.406 de 10.01.2002, o Novo Código Civil, se refere à lesão no artigo 159, *verbis*:

“Ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.”

A lesão é assim contraponto ao dogma *pacta sunt servanda*: ou seja, não houve no direito do consumidor o desaparecimento da força obrigatória dos contratos, entretanto, foi o mesmo mitigado pela legislação consumerista (e por igual pela nova lei civil).

Doravante, portanto, os contratos somente obrigam os contraentes, se a situação, pessoal e econômica destes, permanecer inalterada ao longo da relação contratual ou no momento do cumprimento das obrigações deles decorrentes.

Revitaliza-se e incorpora-se, definitivamente, ao direito contratual brasileiro, a cláusula *rebus sic stantibus*, que teria historicamente dois requisitos: a desproporcionalidade de vantagens para os contratantes e o chamado dolo de aproveitamento.¹⁸

Visa-se aqui a preservar a comutatividade dos contratos, a equivalência das prestações, a fim de evitar o enriquecimento de uma das partes, e a conseqüente ruína da outra.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos*. 6ª ed., Rio de Janeiro: 1999, Introdução.

¹⁸ PEREIRA, *idem, ibidem*, nota de rodapé nº 50, p. 195.

A utilização desta medida de reequilíbrio dos contratos pode ser visualizada com clareza no Acórdão abaixo, em que se pretende estabelecer um limite para a exploração feneratícia realizada por determinada administradora de cartões de crédito:

“Direito do consumidor. Contrato de emissão e utilização de cartão de crédito. Lei nº 8.078/90. Incidência. Cláusulas abusivas. Nulidade. Exegese do art. 51, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Juros extorsivos. Anatocismo. Lesão enorme. Vedação. Cobranças abusivas. Indenização. Danos material e moral. Razoabilidade. Juros de mercado. Inocorrência. Limitação a 12% ao ano. Procedência. Recurso não provido.” (Embargos Infringentes nº 2001.005.00522, 4ª CC, TJ/RJ, Rel. JDs. Werson Rêgo, v.u., j. 27.11.2001).

O Código de Defesa do Consumidor, portanto, adota postura de repressão expressa à lesão, cabendo, ao Juiz, inclusive de ofício, posto ser a Lei nº 8.078/90 de “ordem pública”, declarar a nulidade das cláusulas lesionárias, dando concretude à sanção estabelecida no caput do art. 51 da lei, que se refere expressamente à nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas.

4.5 – O DIRIGISMO CONTRATUAL

Conseqüência direta dos novos paradigmas do direito contratual, no âmbito consumerista, é a intervenção estatal nos pactos de modo a impedir os desequilíbrios e abusos que os parâmetros anteriores impunham, procedendo o Estado, por vezes, a um realinhamento do pacto, com a revisão judicial das estipulações ou a prevenção coativa *ad futurum*.

É que de nada adiantaria a inserção na lei de princípios protetivos dos interesses dos mais vulneráveis, se em dada situação concreta se mantivesse o Estado como “vigia da noite”.

O modo como a lei foi redigida demonstra a busca da eficácia que com ela se pretendeu atingir no campo da realidade.

A intervenção do Estado-Juiz se faz presente, por conseguinte, especialmente para modificar cláusulas contratuais que se revelam francamente desproporcionais, ou, ainda, para rever aquelas que provocam onerosidade excessiva.

Trazemos, em complemento ao exposto, as lições de Cláudia Lima Marques:

*“Também o Poder Judiciário terá nova função, pois, se as normas imperativas destas leis, aqui chamadas de intervencionistas, restringem o espaço da liberdade individual no contrato, também legitimarão ao Judiciário para que exerça o tão reclamado controle efetivo do conteúdo do contrato, controle da justiça contratual, em especial o controle das cláusulas abusivas.”*¹⁹

Por outro lado, é bom ressaltar a importância da atuação consciente do Ministério Público como instituição de defesa da sociedade civil, apta a implementar não só medidas judiciais coletivas (art. 82 inciso I Lei nº 8.078/90), mas também medidas administrativo-preventivas em prol do consumidor.

CAPÍTULO V – CONCLUSÕES

Na abertura de um novo milênio é natural que a sociedade passe em revista todos os padrões que vigoraram até então.

Pulsionada pela perspectiva inquietante de um novo tempo a ser preenchido, renovam-se as expectativas de uma era densa de reformulações humanistas e sociais.

Tais reformulações só serão, entretanto, possíveis, se de sua necessidade absoluta se conscientizarem os juristas.

Cabe assim aos operadores do direito a revitalização dos institutos jurídicos pátrios protetivos daqueles valores, que a Constituição Federal, preambularmente integra ao conceito de Estado Democrático, que a seguir seu texto se propõe a garantir.

A utilização no dia a dia forense dos princípios que informam as relações contratuais sob esta perspectiva de revisão ética de conteúdo e forma, pode ser o caminho para a participação definitiva dos Juízes na modificação da realidade social brasileira, uma verdadeira guinada de uma postura tradicionalmente neutra, apolítica e ausente, para outra, que se enquadra com perfeição no “ativismo judiciário”, a que se referiu recentemente o jurista Dalmo de Abreu Dallari em palestra proferida na AMAERJ – Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro.

Terminamos, certos de podermos anunciar o outono do conformismo racional, verificando que se acendeu, inexoravelmente, no Judiciário, uma reciclagem interpretativa que, conforme ensina Edson Fachin, na “*busca*

¹⁹ MARQUES, *idem, ibidem*, nota de rodapé nº 9.

*de respostas sai do conforto da armadura jurídica, atravessa o jardim das coisas e dos objetos e alcança a praça que revela dramas e interrogações na cronologia ideológica dos sistemas”, construindo assim um outro direito, que deixa de ser o direito da indulgência confortável, e passa a ser um direito que é ferramenta de integração.*²⁰ ◆

²⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 4

Interpretação Retrospectiva, Constituição e Processo Penal

RUBENS R. R. CASARA

Juiz de Direito do TJ/RJ

Professor da Graduação e da Pós-Graduação da UNIG.

1. HERMENÊUTICA: DE DISCIPLINA AUXILIAR A TIPO FILOSÓFICO

A importância da interpretação constitucional nunca foi negada. Ao contrário, o próprio positivismo kelseniano sempre a prestigiou como um dos sustentáculos da supremacia da Constituição. No plano do direito processual, a questão hermenêutica raramente mereceu atenção, embora represente fator capaz de minimizar a efetividade de direitos constitucionais. De fato, a força normativa do ordenamento está vinculada à atividade de interpretação judicial.

Do resultado alcançado no processo de interpretação judicial, ou seja, da jurisprudência oriunda das agências judiciais, resultam permanências (decisões conservadoras,¹ as mais comuns²) ou rupturas (decisões transformadoras, as mais raras). De fato, a jurisprudência³ nada mais é do que a própria história se realizando a cada dia, em cada agência judicial.

Ao contrário da lei, abstração generalizante, a jurisprudência diz com o fato concreto, com a particularidade/alteridade valorada por cada julgador. Como afirma Wolkmer,

O legislativo elabora as leis; estas não refletem necessariamente o Direito, mas a ideologia da classe politicamente dominante.

¹ Parte-se, no processo de interpretação judicial tradicional, do paradigma liberal-individualista.

² “O Direito, enquanto instrumentalização ideológica do poder, pode ser visto como materialização da coerção, opressão e violência. O Direito tem representado, historicamente, a ideologia da conservação do *status quo* e da manutenção de um poder institucionalizado” (WOLKMER, op. cit., p. 159)

³ *Ibid.*, p.150.

*Por sua vez, compete ao Poder Judiciário e aos magistrados, na relevância de suas funções confeccionar e declarar o verdadeiro Direito, bem como desmistificar o fetichismo legalista*⁴.

O fenômeno hermenêutico, contudo, não se esgota, e nem se identifica, na interpretação judicial. Segundo se afirma, a história da formação da hermenêutica⁵ (arte e técnica) se inicia com o esforço dos gregos para compreender e preservar os seus poetas e se desenvolveu na tradição judaico-cristã da exegese das escrituras sagradas, especialmente a partir do século XVI. Dentre os tipos básicos de interpretação surgidos no Renascimento,⁶ merece atenção a hermenêutica jurídica (*juris*), “um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito”⁷.

De um papel secundário, de disciplina auxiliar, mero método que se desenvolveu no tratamento de textos, a hermenêutica adentrou em um processo de desenvolvimento no decorrer dos séculos XIX e XX e atingiu a *dignidade de um tipo filosófico de questionamento*⁸.

2. HERMENÊUTICA TRADICIONAL: LOCUS DA INTERPRETAÇÃO RETROSPECTIVA

A origem etimológica da palavra *hermenêutica* encontra-se no grego *hermeneúein*, derivado de deus Hermes (Mercúrio)⁹, o intérprete da

⁴ *Ibid.*

⁵ Vejam-se, por todos, MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965; COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1979; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁶ No renascimento estabeleceu-se uma divisão entre: hermenêutica teológica (*sacra*), filosófica-filológica (*profana*) e jurídica.

⁷ BARROSO, op. cit., p. 97.

⁸ AMARAL, Maria Nazaré de Camargo Pacheco. **Período clássico da hermenêutica filosófica na Alemanha**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1994, p. 9.

⁹ Mercúrio (Hermes), filho de Júpiter e de Maia, era o deus de tudo aquilo que requeresse destreza e habilidade. Era, ainda, o mensageiro de seu pai. Cf. BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia (a idade da fábula): histórias de deuses e heróis**. Trad. David Jardim Júnior. 26. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

¹⁰ Cf. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 314.

vontade divina na mitologia grega¹⁰. É na obra de Aristóteles, *Organon*, que se encontra o emprego mais remoto do vocábulo¹¹. De lá para cá, várias correntes têm tentado conceituar o que seja *hermenêutica*. A corrente fenomenológica, por exemplo, em especial Heidegger, afirma tratar-se do estudo do compreender.¹² Todavia, tem prevalecido a idéia restritiva de que a hermenêutica é a interpretação do sentido das palavras.¹³

Com efeito, a hermenêutica jurídica é vista como sinônimo de interpretação,¹⁴ embora não faltem autores do porte de Maximiliano que procuram distinguir os dois conceitos.¹⁵ Da variedade de concepções sobre o tema, surgiram as chamadas *escolas hermenêuticas*¹⁶ com métodos e/ou técnicas próprias ligadas à interpretação. Algumas dessas “escolas” caracterizam-se por uma prática conservadora (v.g., Escola da Exegese, Escola dos Pandectistas...), outras, possuem uma tendência transformadora (v.g., Escola do Direito Livre, Escola Sociológica Americana...).

Na realidade, há que se reconhecer que os diversos métodos interpretativos sempre tiveram a função de ocultar o compromisso ideológico de cada escola e de cada intérprete.

Sem dúvida, a hermenêutica está ligada ao ato de interpretar. A doutrina não é uníssonas ao conceituar esse ato. Assim, para Diniz, interpretar é “dar o verdadeiro significado do vocábulo”,¹⁷ enquanto para Streck esse

¹¹ Cf. HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política**. – Rio de Janeiro: Forense, 1994.

¹² Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2002.

¹³ A hermenêutica, ao contrário, deve ser entendida como método de interpretação que tem por objeto não só os textos, mas também o próprio universo social, histórico e psicológico (Cf. BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de filosofia**; trad. Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997, p. 181).

¹⁴ Cf. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 273.

¹⁵ Para Carlos Maximiliano, a hermenêutica tem por objeto “o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito” (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975, p. 13). No mesmo sentido: NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 314; SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 185.

¹⁶ A divisão dos juristas que se preocuparam com o tema da hermenêutica em “escolas”, com base em pontos de identidade na teoria elaborada por cada um, é arbitrária, pois se baseia em critérios imprecisos (e subjetivos) de quem se propõe a tal tarefa.

¹⁷ Cf. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 384 et seq.

verbo “implica fixar o significado e seu alcance, determinando qual é a vontade expressa pela norma em conexão com as outras normas e em relação com as sempre renovadas exigências da vida econômica e social do país”.¹⁸ Não obstante, a concepção tradicional, e dominante, de *interpretação* contém a finalidade de buscar o sentido correto de um texto. Maximiliano, por exemplo, dizia que interpretar era descobrir “o significado verdadeiro de uma expressão”.¹⁹ Mesmo partindo de uma perspectiva crítica, costuma-se conceituar *interpretação* como “a atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto”.²⁰ Esses conceitos derivam, em maior ou menor grau, do antigo ideal exegético de reconstruir o sentido original de um texto²¹ e revelam um processo meramente reprodutivo.²² Dito de outra forma, e em adesão ao pensamento de Streck, a idéia tradicional de interpretação encontra-se vinculada à hermenêutica objetivista de Emilio Betti.²³

O processo de interpretação das leis derivado da obra de Betti preocupa-se, exclusivamente, em descobrir o que o legislador quis dizer sobre determinado objeto.²⁴ Trata-se de um processo que pressupõe três elementos: um intérprete, um objeto com formas significativas e o autor que exteriorizou essas formas.²⁵ Trabalha-se, tradicionalmente, com mais um conceito abstrato, tão ao gosto do positivismo liberal-individualista, a saber: o valor (em uma concepção neokantiana) dado ao objeto a ser interpretado pelo criador.

¹⁸ STRECK, Lenio Luis. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 249

¹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e interpretação do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, p. 13.

²⁰ BARROSO, op. cit., p. 97.

²¹ Segundo Eros Roberto Grau, a “interpretação clássica da Constituição, que a toma exclusivamente em sua acepção jurídica, nos quadrantes fechados da norma, sempre esteve voltada ao reconhecimento da vontade nela contida” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 185).

²² Com essa postura conservadora, bloqueia-se a possibilidade de mudança. Em outras palavras, nega-se a potencialidade prospectiva do direito.

²³ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 94.

²⁴ *Ibid.*, p. 94-95.

²⁵ *Ibid.*

É dentro dessa visão tradicional que surge a *interpretação retrospectiva*, com o intérprete inserido no horizonte da história e da linguagem²⁶. Estando, esse intérprete, vinculado a um contexto histórico, mostram-se difíceis (re)leituras desassociadas dos caracteres de determinada sociedade, de onde se conclui que sem mudanças nessa sociedade, isto é, sem rupturas históricas, as interpretações tendem a ser conservadoras, tendem a repetir o que já está sedimentado²⁷ (“pré-juízos”²⁸), impedindo “a dialética que deve existir entre a familiaridade e o estranho”²⁹, isto é, o novo. A consequência imediata desse desvio é o surgimento de uma jurisprudência reacionária, constatável em qualquer repertório jurisprudencial, refratária de mudanças no *status quo*.

Por *interpretação retrospectiva*³⁰ entende-se a insistência dos operadores jurídicos de “interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”.³¹ Em outras palavras, através da interpretação retiram-se as perspectivas de transformação que vieram encartadas na nova Constituição. É, antes de tudo, uma interpretação covarde, pois prima pelo medo de rupturas.³² Esse desvio, na lição de Luís Roberto Barroso, é “uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional”.³³

Como bem realçou Streck, diante de uma nova Constituição, “o intérprete do Direito deve(ria) ter a angústia do estranhamento”³⁴, o que não

²⁶ O paradigma tradicional da hermenêutica, parte da inseparabilidade de sujeito e objeto (aquilo que deve ser compreendido).

²⁷ Explica-se, em parte, porque as pesquisas feitas no Brasil e no Exterior mostram uma tendência de julgar de acordo com a jurisprudência dominante.

²⁸ STRECK, id., 1995, p. 276

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Não irá se propor uma conceito rígido do fenômeno estudado, pois toda definição importa em delimitar e tornar estático um dado que, por estar inserido na complexidade social e no processo histórico, é dinâmico.

³¹ *Ibid.*, p. 67.

³² Na verdade, é o medo do desconhecido, pois, como se viu, a sociedade brasileira não está acostumada com rupturas, com mudanças substanciais em sua história.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 67.

³⁴ STRECK, op. cit., p. 276.

está ocorrendo, como “se pode comprovar pela inefetividade do texto da Constituição”³⁵.

Na realidade, esse desvio constitui uma violência simbólica a todos aqueles que seriam beneficiados com a implementação dos comandos constitucionais. Constrói-se uma realidade normativa desassociada do programa constitucional, assentada em um conformismo lógico, uma visão homogênea e atemporal do ato de julgar.

Instrumento de comunicação/conhecimento, a interpretação retrospectiva cumpre sua função política de imposição/legitimação da dominação e contribui para a manutenção do *status quo* (violência simbólica) ao utilizar sua própria força (seus efeitos simbólicos e reais) como reforço das forças que a fundamentam. O intérprete acrítico se esquece de que toda interpretação está condicionada historicamente³⁶. Da vinculação do resultado da interpretação a momentos e modelos ultrapassados é que aparece o caráter retrospectivo desse desvio interpretativo.

A interpretação retrospectiva, verdadeira “subversão hermenêutica”,³⁷ sofre dupla determinação: pelos interesses de classe que ela exprime e pelos interesses específicos daqueles que as produzem e a lógica específica dos órgãos jurisdicionais. Torna-se claro que os órgãos jurisdicionais são *campos de produção especializados do poder simbólico*, no sentido utilizado por Bourdieu.

Por outro lado, esse desvio é aceito pelas agências judiciais por ser ignorado como arbitrário. Outrossim, só é aceito porque a sociedade brasileira, da qual fazem parte os operadores jurídicos, está acostumada e não estranha o arbítrio³⁸.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ A interpretação deveria operar a historicização da norma, mas, ao invés de adaptar as fontes doutrinárias e jurisprudenciais às novas circunstâncias e deixar de lado esquemas superados, o que é ultrapassado, o intérprete busca o que já foi decidido, o que já foi escrito. Em consequência, o intérprete retrocede no tempo, ressuscita valores, em um retorno acrítico até antecedentes remotos da sociedade brasileira, quando não alcança dados do colonizador.

³⁷ Utiliza-se a expressão no sentido conferido por Gustavo Tepedino, para quem esse desvio mostra-se “bastante coerente com a lógica do individualismo oitocentista” (TEPEDINO, Gustavo. “O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa”. In: **Problemas de direito civil-constitucional**; Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3).

³⁸ Na sociedade brasileira há uma degeneração do conceito de autoridade que passa a exigir elementos do conceito de autoritarismo.

No processo penal, ramo do direito que instrumentaliza o controle social através do direito penal, as conseqüências desse desvio são mais drásticas, com repercussão no *status libertatis* do acusado. A interpretação retrospectiva, aliás, integra o movimento de reação³⁹ às reformas processuais penais.

3. A INTERPRETAÇÃO PROJETIVA (OU DA CONSTRUÇÃO DO PROJETO CONSTITUCIONAL)

Em um país como o Brasil, reproduzir práticas judiciais de períodos obscuros da história brasileira, por mais internalizados que estejam na (in)consciência jurídica dos operadores jurídicos, representa verdadeiro atentado a qualquer projeto de democratização do Estado. Tal práxis hermenêutica explicita uma postura conservadora que cristaliza o estado das coisas e assume a feição de verdadeira tradição.

É legítimo afirmar, ao adotar a lição de Habermas sobre a *hermenêutica jurídica, que a interpretação tem início numa pré-compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar entre norma e estado de coisas, abrindo horizonte para ulteriores relacionamentos. A pré-compreensão, inicialmente difusa, torna-se mais precisa à medida em que, sob sua orientação, a norma e o estado de coisas se constituem ou concretizam reciprocamente.*⁴⁰

Dentro dessa visão, a pré-compreensão do órgão julgador é determinada “através de *topoi* de um contexto ético tradicional”.⁴¹ O resultado da interpretação judicial, como toda a atividade jurisdicional, é uma decisão, logo, um ato de poder político. Disto resulta, nas palavras de Passos,

a conseqüência inocultável de que o magistrado, aquele a quem se defere o poder de decidir os micro-conflitos de interesses socialmente configurados é, como o legislador e o administrador,

³⁹ Representa no plano hermenêutico, a contra-reforma processual penal.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. V. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 247-248.

⁴¹ Como bem esclarece o próprio Habermas, “o recurso a um *ethos* dominante, aprimorado por interpretações, não oferece, é verdade, uma base convincente para a validade de decisões jurídicas, em meio a uma sociedade pluralista, na qual diferentes situações de interesses e de forças religiosas concorrem entre si” (*ibid.*, p. 248).

*um agente do poder político institucionalizado. Admitir-se haja um discurso (ou ideologia) do poder para o Legislativo, outro para o Executivo e outro para o Judiciário é incidir em ingenuidade primária ou em despistamento ideológico criminoso.*⁴²

Por outro lado, a Constituição da República ostenta as diretrizes máximas da vida social, dada à superioridade insofismável que detém na taxionomia das normas jurídicas⁴³. Mais do que isso, na busca da radical democratização da sociedade, a Constituição⁴⁴ deve ser entendida como o desenho que se faz da sociedade que se pretende construir, um projeto normativo de vida digna para todos, um porvir histórico.⁴⁵ De Heidegger é possível extrair que o poder-ser (que pode vir) está inegavelmente condicionado à compreensão (ou seja, à hermenêutica), esta tida como uma projeção.⁴⁶

Na realidade, como bem observa Guerra Filho,

*uma Constituição já não se destina a proporcionar um retraimento do Estado diante da Sociedade Civil, como no princípio do constitucionalismo moderno, com sua ideologia liberal. Muito pelo contrário, o que se espera hoje de uma Constituição são linhas gerais para guiar a atividade estatal e social, a fim de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece.*⁴⁷

Em apertada síntese, a Constituição da República deve ser a pré-

⁴² PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam.** Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.70.

⁴³ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

⁴⁴ “La historia Del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera de los derechos” (FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: **Los fundamentos de los derechos fundamentales:** Luigi Ferrajoli: debate con Luca Bacceli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo. Madrid: Trotta, 2001)

⁴⁵ Na esteira do pensamento de HEIDEGGER, o *porvir está à base do compreender-se no projeto de uma possibilidade existenciária enquanto um vir-a-si* (op. cit., p. 133). Assim, no plano do processo judicial, em um projeto de transformação oriundo do compromisso constitucional, o operador jurídico (*intelectual orgânico* de Gransci) deve conhecer-se e assumir-se como tal. Ademais, esse operador orgânico deve (re)conhecer a possibilidade de antecipar (para HEIDEGGER, *o porvir em sentido próprio*) as mudanças.

⁴⁶ *A compreensão é primordialmente porvir, no poder-ser de qualquer projeto* (ibid., p. 134)

⁴⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição.** São Paulo: Atlas, 2001, p. 71.

compreensão valorativa que aproxima o dever-ser normativo e o estado de coisas (o ser). Necessita-se, portanto, de um normativismo realista e crítico.

É de se admitir que as normas constitucionais possam propiciar e, ao mesmo tempo, atuar sobre um contexto ético transformador. Essa perspectiva transformadora ínsita na interpretação projetiva joga luz nas ilusões e crenças que envolvem a prática interpretativa tradicional geradora de uma retórica que esconde, em nome dos valores verdade, segurança e justiça, a presença de uma estratégia de opressão, pois escancara um compromisso com os excluídos, beneficiários diretos do projeto de fraternidade (bem estar, igualdade material...) descrito no preâmbulo da Lei Fundamental.

Ao acompanhar Hesse, pode-se dizer que da Constituição emerge a possibilidade de mudança (*rectius*: de ruptura), pois existem pressupostos realizáveis⁴⁸. Não se ignora a chamada Constituição Real⁴⁹, nem os fatores reais do poder⁵⁰ (históricos, políticos e sociais), conformadores da realidade constitucional, mas reafirma-se a importância dos operadores jurídicos trabalharem para a consecução dos projetos constitucionais.

Vale a reprodução das lições de Canotilho e Moreira:

*Sendo uma ‘estrutura dinâmica’ e, em alguns aspectos, programática, a Constituição pode impor tarefas e definir programas de acção do Estado, que deverão ser cumpridos. Por isso, viola-se a Lei fundamental quando as acções estaduais não estão em conformidade com as suas normas e princípios, como quando os preceitos constitucionais não são ‘actuados’, dinamizados ou concretizados pelos órgãos que constitucionalmente estão vinculados a fornecerem-lhe operatividade prática.*⁵¹

Dentre os órgãos estatais vinculados a fornecer operatividade/concretude ao programa constitucional, encontram-se as agências judiciais. Hoje, parece ser imperioso entender que todo o conteúdo constitucional, po-

⁴⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

⁴⁹ A Constituição Real é a resultante dos fatores reais de poder. (*ibid.*, p. 9)

⁵⁰ A expressão *fatores reais de poder* está utilizada no sentido preconizado por Ferdinand Lassalle. *In: O que é uma Constituição?* Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica. Ed. Líder, 2001.

⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 46.

dendo-se incluir até as diretrizes contidas no preâmbulo, possui efetividade e caráter vinculante, sob pena de frustrarem-se os objetivos da Lei Maior. Assim, qualquer postura que negue, por exemplo, o bem estar ou a igualdade material, previstos no preâmbulo da Carta Magna de 1988, é inconstitucional.

Ademais, percebe-se uma tendência de perda da densidade das normas jurídicas. No lugar de regras monolíticas, surgem diretrizes (princípios). Trata-se, na realidade, de uma nova compreensão do sentido da lei, “de tal modo que seja possível, como dizia Aristóteles, que o juiz ressocialize o que o legislador logiciza e, como dizia Marx, que a fórmula ‘de cada um segundo suas capacidades, a cada um segundo sua necessidades’, torne-se o estalão concreto de uma ordem justa”.⁵²

A conclusão é simples: um processo penal que se quer democrático deve, no mínimo, instrumentalizar as garantias e implementar os projetos inseridos na Carta Maior. Deve, em última análise, concretizar o desenho constitucional. A Constituição da República pugna por uma interpretação projetiva (*rectius*: prospectiva) do processo penal.⁵³

Como ensina Marques:

*A hegemonia sem contrastes que é dada à Constituição Federal, no conjunto das fontes formais que revelam os cânones da ordem jurídica, não só submete o legislador ordinário a um regime de mera legalidade, como ainda subordina todo o sistema normativo a uma causalidade constitucional.*⁵⁴

Há, como ressalta Medeiros, a necessidade de ultrapassar a característica liberal de limitação ao poder estatal,⁵⁵

para, numa visão até intervencionista, alcançar searas de

⁵² CHAUI, Marilena. “Roberto Lyra Filho ou Da dignidade política do direito”. In: **Desordem e processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião do seu 60º. aniversário**; Doreodó Araújo Lyra (Org.) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p 18.

⁵³ Não se pode, contudo, negar a temporalidade de toda e qualquer interpretação (Cf. HEIDEGGER, op. cit.).

⁵⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. V. I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 79.

⁵⁵ Consoante Nicos Poulantzas, “a lei só tardiamente, com o Estado capitalista e sua contribuição histórica, apresentou-se como limitação do arbítrio estatal, até mesmo como barreira a uma certa forma de exercício da violência. É esse ‘Estado de direito’ que foi concebido como oposto ao poder ilimitado, criando a ilusão do binômio Lei-Terror” (POULANTZAS, Nicos. **O Estado, o poder e o socialismo**. Trad. Rita Lima. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 74).

*humanização do processo penal, uma vez estar o nosso Ordenamento pautado numa Constituição de carácter compromissório, onde os atores técnicos do processo, mormente o aplicador da lei, devem atentar também para o aspecto da fraternidade (humanidade), e não só no individualismo puro.*⁵⁶

Para alcançar a função transformadora pretendida com a interpretação prospectiva, vale repetir, é necessário reconhecer a perda de densidade das normas jurídicas. No lugar de regras monolíticas, assumem relevância as diretrizes (princípios) a serem seguidas. Estas, por sua vez, devem ceder diante das particularidades do caso concreto. Aliás, não é raro que as diretrizes sejam, em abstrato, antinômicas entre si. Como exemplo, temos as diretrizes da liberdade provisória (princípio da liberdade provisória esculpido no artigo 5.º, inciso LXVI, da Constituição da República) e do artigo 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.072/90. Assim, negando-se a natureza de *regra monolítica* ao artigo 2.º da Lei dos Crimes Hediondos, entende-se porque, diante do caso concreto, pode ser seguida a diretriz do inciso LXVI do artigo 5.º da Constituição da República⁵⁷.

As diretrizes ou princípios devem ser entendidos como indicadores de uma opção. No caso do projeto constitucional, a opção é nitidamente transformadora. Assim, a decisão judicial constitucionalmente conformada deve ser originária, dialética e própria⁵⁸, além de libertar o poder-ser e concretizar o porvir.

Qualquer atividade estatal, portanto, inclusive a jurisdicional, deve atender ao objetivo transformador da sociedade “expresso em normas-fim e normas-tarefa”.⁵⁹ Qualquer interpretação/aplicação de normas processu-

⁵⁶ MEDEIROS, op. cit., p. 43.

⁵⁷ A norma do artigo 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.072/90 não é, por si só, inconstitucional. Inconstitucional é sua aplicação a determinados casos em que não se faz necessária a prisão cautelar.

⁵⁸ Não há mais lugar para um pensamento jurídico pouco criativo. Na lição de Lenio Luiz Streck, *esse pensar está impregnado pelo liberalismo político do século XIX e início deste século. Em termos metodológicos, a rígida estrutura lógico-formal da dogmática jurídica embotou sua percepção, por um lado impedindo-a de identificar a base histórica de seu aparelho conceitual e, por outro, atrelando a divisão intelectual do saber normativo aos inflexíveis critérios de hierarquização e classificação das leis e dos códigos* (STRECK, Lenio Luis. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 246). De igual sorte, descabe qualquer subserviência à jurisprudência dominante e cristalizada (em regra, de carácter conservador), nega-se, portanto, o *poder de controlabilidade difusa* (conceito operacional fornecido por Lenio Luis Streck na obra acima mencionada) daquelas decisões.

ais que negue um item do projeto constitucional padece do vício da inconstitucionalidade e é inválida.

Essa proposta tem pontos de contato tanto com a *tópica aristotélica*, revigorada pelas lições de Theodore Viehweg,⁶⁰ e com a *Nova Retórica* preconizada por Perelman.⁶¹ Em comum, essas propostas pregam a superação do positivismo, por isso poderiam ser enquadradas no movimento erroneamente denominado de *pós-positivismo*.

Como anotou Camargo, o *método sistemático, de tentativa isolacionista, que marcou o positivismo filosófico dos séculos anteriores, não correspondia mais às perplexidades e à insegurança causadas por um mundo de novos e variados valores. Necessário seria construir um novo modelo de legitimação para as decisões jurídicas, o que só se tornaria possível quando se reconhecesse a natureza dialética e argumentativa do direito. A lógica formal de feição cartesiana, não dava resposta satisfatória à razoabilidade exigida nas soluções jurídicas.*⁶²

Como se vê, a interpretação prospectiva, da mesma forma que a *tópica aristotélica*, dignificada por Viehweg, supõe a natureza dialética e argumentativa do direito e exige uma valoração do intérprete diante do caso concreto. Nos dois casos se nega a existência de premissas absolutas (v.g., *verdade real*), soluções prontas e acabadas, portanto neutras e atemporais. Ao contrário, a preocupação comum é a de ter a realidade sensível como matéria-prima.

Não obstante, a interpretação prospectiva afasta-se da *tópica* de Viehweg, pois esta parte do senso comum para a manipulação do verossímil,⁶³ além do que, trabalha com *argumentos de autoridade*⁶⁴ e é reconhe-

⁵⁹ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 30.

⁶⁰ Theodore Viehweg em sua obra **Tópicos e Jurisprudência** defende a aplicação da *tópica aristotélica* ao direito.

⁶¹ “A Nova Retórica é o estudo das técnicas discursivas que tratam de provocar ou de acrescentar a adesão a teses apresentadas a um determinado auditório” (PERELMAN, Chaïn. **La lógica jurídica y la nueva retórica**. Trad. Luis Diez-Picanzo. Espanha: Civitas, 1988, p. 151).

⁶² CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 134.

cidamente assistemática. Aquela, por sua vez, supõe a noção de sistema constitucional como sinônimo de projeto constitucional e nega legitimidade aos argumentos de autoridade e demais tentativas de manipulação do verossímil que partam da ordem constituída, ou melhor, que trabalhem com o estado atual das coisas.

De fato, o reconhecimento da natureza dialética e argumentativa do direito não significa que o mesmo deve atuar dentro do senso comum existente, nem que a doutrina e a jurisprudência do passado sirvam necessariamente como *topoi* para um caso posterior. Caso contrário, uma sociedade autoritária como a brasileira, com sentidos comuns excludentes, racistas, machistas, enfim, antidemocráticos, só poderia reconhecer como direito aquele que reproduzisse sua natureza. De igual sorte, a utilização dos argumentos de autoridades encontrados na doutrina e na jurisprudência, produtos de valorações passadas, tendem a agir no sentido da manutenção do *status quo* e, por outro lado, se satisfazem o senso comum é porque traduzem os valores internalizados pela população, valores estes não necessariamente democráticos.⁶⁵

Existem, também, pontos de contato entre a interpretação prospectiva e a chamada Nova Retórica. Ambas defendem o ressurgimento do raciocínio valorativo em detrimento das correntes de pensamento que etiquetam de irracional tudo aquilo que não pode ser demonstrado pela lógica cartesiana. Da mesma maneira, colocam em relevo o plano da deliberação, da tomada de decisões. Todavia, enquanto a retórica de Perelman se preocupa com a aceitação da decisão tomada em um caso concreto e estuda, para tanto, a argumentação necessária para servir de justificativa àquela, a interpretação prospectiva visa tão-somente a efetivação do projeto constitucional. A Nova

⁶³ Cf. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério da Justiça/UNB, 1979.

⁶⁴ Na prática judicial, o recurso ao argumento de autoridade, veiculado nas citações doutrinárias e jurisprudenciais, é freqüente.

⁶⁵ Próxima ao preconizado nesta oportunidade é a posição de José Lamego, para quem o juiz “não aplica automaticamente e na sua íntegra a pauta geral à situação concreta – ‘sacrifica’ algo daquela em virtude, precisamente do caráter ‘concreto’ da situação. Mas este afastar-se da universalidade da norma não significa uma ‘imperfeição’, um *déficit* na realização do conteúdo da pauta de regulação, mas precisamente uma potenciação das possibilidades nela contidas, fazendo-a corresponder às exigências do caso” (LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**. Lisboa: Fragmentos, 1990, p. 174).

Retórica situa-se exclusivamente no plano discursivo, enquanto a interpretação prospectiva encontra-se inserida no plano discursivo e também no plano da realidade. Por fim, o conceito-ferramenta *auditório universal*,⁶⁶ próprio da Nova Retórica, é de operacionalidade duvidosa em um projeto de democratização de uma sociedade autoritária, pois a aceitação do discurso penal, por exemplo, seria facilmente encontrada com a adoção de categorias próprias da política de segurança nacional oriunda de recente regime de exceção.

4. INTERPRETAÇÃO RETROSPECTIVA *VERSUS* INTERPRETAÇÃO PROSPECTIVA: ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS NA JURISPRUDÊNCIA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA

Percebe-se a importância da hermenêutica constitucional no campo reservado ao processo penal, diante da afinidade constituição-processo. Este, cujo conteúdo é discutido na melhor doutrina⁶⁷, tem íntima ligação com o direito de liberdade do indivíduo, regulado com preeminência pela Constituição da República.

Por outro lado, a influência de valores constitucionais no sistema penal, em que está incluída a agência judicial, como leciona Palazzo, “exercita-se no campo das relações entre política e direito penal⁶⁸: relações, a um só tempo, estreitíssimas e, potencialmente, conflituosas”.⁶⁹

Basta lembrar que, quando surge uma nova carta política, todo o ordenamento jurídico adquire um novo pressuposto de validade, as normas incompatíveis com a nova ordem não são recepcionadas (isto é, são revogadas) e o significado (valor) que se dá a determinadas normas jurídicas é alterado⁷⁰. São as conseqüências da *supremacia das normas constitucionais*.

A Constituição da República de 1988 surgiu com a finalidade decla-

⁶⁶ Por *auditório universal* entende-se o conjunto possível de receptores da mensagem passada. O(s) auditório(s) pode(m) ser quantitativa e qualitativamente distinto(s) de outros possíveis, o que irá influir, e deve ser considerado, na estratégia argumentativa.

⁶⁷ Por todos, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

⁶⁸ A referência ao direito penal, para os fins visados neste trabalho, abarca tanto o direito material quanto o processual.

⁶⁹ PALLAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**, Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p.16.

⁷⁰A funcionalidade das normas jurídicas também é alterada. As normas jurídicas deixam de ter um sentido retrospectivo (caráter conformador) e adquirem um sentido prospectivo (caráter finalístico/transformador).

rada de recolocar o Brasil nos trilhos da democracia⁷¹. Assim, todos os diplomas legais se contaminaram⁷² com os valores que inspiraram a nova ordem. Todavia, “não se trata de um plano constitucional auto-suficiente, mas de um horizonte reestruturativo e de efetividade para o sistema normativo infraconstitucional”.⁷³

Mas, o que fazer com uma legislação anterior de cunho autoritário? Ora, determinadas normas se tornaram de todo imprestáveis e nem chegaram a integrar a nova ordem jurídica. Morreram pelo vírus da democracia. Outras ainda, entretanto, podem ser de grande valia, desde que adaptadas aos novos tempos, aos novos princípios reitores. Princípio, na já clássica definição de Mello, é “o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele”.⁷⁴ Assim, os princípios, explícitos ou implícitos, na Carta Magna devem influir em toda e qualquer interpretação que se faça de uma norma vigente. Exige-se, portanto, uma *interpretação conforme a Constituição* e, mais do que isso, uma visão prospectiva do direito⁷⁵, criativa, democrática⁷⁶ e interdisciplinar⁷⁷.

A *interpretação retrospectiva*, por sua vez, reflete a negação da *interpretação conforme a Constituição*. Reacionário, por definição, eis que imune aos valores trazidos pela Constituição da República⁷⁸, o modelo retrospectivo de interpretação encontra-se em flagrante oposição a uma

⁷¹ Com entrada em vigor de uma nova Constituição, muda-se o Estado e, em consequência, a interpretação estatal respectiva.

⁷² Para utilizar uma expressão tão ao gosto dos positivistas.

⁷³ ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. “Guerra de posições e novas juridicidades”. In: **Direito moderno e mudança social: ensaios de sociologia jurídica**. Belo Horizonte, 1997, p. 68.

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. RT, 1986, p. 230.

⁷⁵ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 43.

⁷⁶ A palavra *democracia* (*governo do povo*) é polissêmica. Democracia não é apenas o sistema social em que cada cidadão detém igual parcela de poder, nem a simples possibilidade de cada cidadão detém igual parcela de poder, nem a simples possibilidade de cada pessoa fazer uma escolha formal. Democracia, em termos pós-modernos, está intimamente ligada ao conceito de informação, ou seja, o conceito de informação, ou seja, o conceito passa pela real possibilidade de escolha do cidadão, isto é, a escolha com informação, de preferência após debate.

⁷⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998, p. 139.

⁷⁸ A palavra *Constituição*, ao contrário, traz ínsita a idéia de mudança. Representa a fundação de uma nova ordem, a criação de uma nova sociedade.

hermenêutica constitucional adequada a uma sociedade pluralista e democrática. Trata-se, portanto, de uma interpretação autoritária e excludente, que nega a assertiva de Häberler de que toda aquele que vive sob a égide de uma Constituição é seu legítimo intérprete (“sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”⁷⁹).

Como se sabe, a interpretação judicial da Constituição não é, nem pode ser, a única. Limitar a fala autorizada sobre a Constituição a um grupo muito restrito de pessoas (“os magistrados”), intelectuais orgânicos, é desprezar a relação, necessária e espontânea, entre a Constituição e os membros da sociedade, intelectuais ou não. Ademais, não se pode olvidar que cada cidadão, pessoa jurídica e grupo de interesses, inclusive a mídia, constituam fonte de interpretação e interajam, positiva e negativamente, no contraste entre a realidade social e a pretendida pela Carta Magna.

Lembrando de Goldschmidt,⁸⁰ para quem a estrutura do processo penal de uma nação indica a força de seus elementos autoritários e liberais, pode-se recorrer à análise da jurisprudência desse ramo do direito para avaliar o conteúdo democrático da sociedade brasileira.

Passa-se, portanto, a contrastar determinados dispositivos legais e a jurisprudência que os reconhece com a Constituição Federal.

O artigo 28 do Código de Processo Penal de 1941, por exemplo, continua a ser aplicado, mesmo após a entrada em vigor da Constituição da República, como se observa da seguinte ementa:

Ao Ministério Público compete promover, privativamente, a ação penal pública (CF, art. 129, I) ou requerer o arquivamento do inquérito policial ou de qualquer procedimento inquisitivo, competindo nesta hipótese ao juiz acolher o pedido ou levar o assunto ao Procurador-Geral nos termos do art. 28 do CPP (STJ – HC 6.802 – Rel. Vicente Leal – j. 28.04.98 – DJU 15.6.98, p. 166).⁸¹

Resquício do sistema inquisitorial, o mencionado artigo, dentro de uma

⁷⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1997.

⁸⁰ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal.* Barcelona: Bosch, 1935, p. 67.

⁸¹ *Apud Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial.* Cood. Alberto Silva Franco e Rui Stoco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 939. No mesmo sentido da ementa acima transcrita: RT 445/441, 500/378, 508/424, 541/422, 618/403, 629/384; RSTJ 25/523, 26/610, 29/402, 89/20,...

visão sistemática, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional. Ora, tem-se entendido que o sistema acusatório foi adotado pelo legislador constitucional⁸² e, portanto, cada *actore* deveria possuir um papel próprio; assim, o juiz julgaria, o promotor acusaria e o defensor defenderia. Defender a vigência de tal dispositivo não é apenas atribuir ao órgão jurisdicional uma função anômala, mas ferir a desejada imparcialidade do juiz. O magistrado deve buscar a verdade eticamente possível, mas o método mais eficaz para alcançá-la é o dialético. Como ensina Tovo, “tomar a iniciativa, por outro lado, não significa, por si, arvorar-se em acusador ou defensor, mas tão-somente provocar os demais sujeitos processuais à perquirição triangular de algum ponto ainda não suficientemente investigado, saciando assim a sede de verdade para fazer a mais pura justiça”.⁸³

Cabe ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública. Ele é o *dominus litis*; a ele incumbe velar pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, não ao juiz. Ao permitir ao juiz recusar as razões argüidas pelo *parquet*, para arquivar o processo, o art.28 do Código de 1941, faz com que o magistrado participe de uma fase pré-processual em que não há o princípio do contraditório e as informações e teses chegam unilateralmente a seu conhecimento. Esse “conhecimento prévio” dos magistrados sobre determinados fatos não só desprestigia a instituição do Ministério Público, como macula a parcialidade do órgão julgador. À idêntica conclusão chegou o Grupo de Estudos Desembargador Alaor Terra, formado por juízes do TJ/RS (súmula 7⁸⁴).

Da mesma maneira, o artigo 187 do Código de Processo Penal que a jurisprudência dominante/dominadora declara estar em vigor não deveria mais ser aplicado. No interrogatório, o réu continua sendo encarado como

⁸² Argumenta-se, para tanto, com o artigo 129, I, da Constituição de 1988. Sobre o tema: PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. Em sentido contrário: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, para quem o sistema brasileiro filia-se ao inquisitivo, pois a gestão da prova encontra-se nas mãos do juiz (Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro”. In: **Revista de Estudos Criminais**. Ano 1. n. 1. Sapucaia do Sul: Notadez/ITEC, 2001, p. 26-51).

⁸³ TOVO, Paulo Cláudio. “Introdução à Princiologia do Processo Penal Brasileiro”. In: **Estudos de Direito Processual Penal**. Rio Grande do Sul: Editora do Advogado, 1995, p. 27.

⁸⁴ “Está revogado o art. 28 do Código de Processo Penal, tendo em vista o disposto no art.129, I, da Constituição Federal”. Em sentido contrário, é a lição de Afrânio Silva Jardim, para quem o artigo 28 cumpre importante função de controle externo da atividade do Ministério Público.

meio de prova, i.e., fonte probante. O próprio legislador de 1941 arrolou o interrogatório entre as provas.

Assim, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça ser “desnecessária a intimação do advogado para o interrogatório, devendo ser avisado pelo próprio interrogando” (DJU 12.04.1993, p. 6.083, 6ª. Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel)⁸⁵. Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal posiciona-se retrospectivamente:

A superveniência da nova ordem constitucional não desqualificou o interrogatório como ato pessoal do magistrado processante e nem impôs ao Estado o dever de assegurar, quando da efetivação desse ato processual, a presença de defensor técnico. A ausência do advogado no interrogatório judicial do acusado não infirma a validade jurídica desse ato processual.

A legislação processual penal, ao disciplinar a realização do interrogatório judicial, não torna obrigatória,⁸⁶ em consequência, a presença do defensor do acusado (STF – HC – Rel. Celso de Mello – j. 22.10.91 – RTJ 141/512)⁸⁷;

*A jurisprudência desta corte já se firmou no sentido de que não se exige, mesmo em face desta Constituição, a presença do advogado durante o interrogatório de réu maior (assim, nos **Habeas corpus** 68.929, 69.372, 71.721, 72.314 e 74.298) (STF – 1.ª Turma – HC 74.737-0 – Rel. Moreira Alves – j. 22.4.97 – DJU 1.8.97, p. 33.466)⁸⁸.*

Adequando-se os dispositivos do Código Processual Penal aos princípios democráticos/diretrizes constitucionais (contraditório, ampla defesa...), verifica-se que: o interrogando é, na verdade, sujeito de um ato jurídico; o art. 187 não foi recepcionado; e o costumeiro procedimento de realizar o interrogatório sem a presença do defensor do réu peca

⁸⁵ *Apud* FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 276.

⁸⁶ Curioso reparar que na argumentação do eminente Ministro relator é a “legislação processual penal” que “não torna obrigatória(...) a presença do defensor do acusado”, não obstante a “superveniência da nova ordem constitucional”.

⁸⁷ *Apud* Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial/Cood. Alberto Silva Franco e Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 86.

⁸⁸ *Ibid.*

pela ilegalidade maior.

A parte em processo judicial não pode realizar qualquer ato processual sem estar assistido por um advogado. Ora, se o réu é parte em uma relação processual, se o interrogatório é um ato processual, como admitir que este se dê sem a presença de defensor? Em face do disposto no art.5º, inciso LV, da Constituição Federal, o interrogatório do acusado necessariamente deve ocorrer com a presença da defesa técnica. Aliás, “a justificação da defesa técnica está na presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador”.⁸⁹

Questão conexa com a presente é a da possibilidade, ou não, das partes se manifestarem durante o interrogatório do réu. Tem-se entendido que o interrogatório é ato processual pessoal do magistrado.

Os tribunais majoritariamente adotam a visão retrospectiva acima mencionada:

A ausência de advogado no interrogatório do réu não vicia o ato, mesmo porque o defensor não pode intervir ou influir nas perguntas e nas respostas. CPP, art. 187 (STF – HC – Rel. Carlos Velloso – j. 1.10.91 – RTJ 138/173)⁹⁰;

É entendimento pacífico da jurisprudência que o interrogatório, em juízo, dispensa a presença de advogado ou defensor, desde que não lhes assiste direito a interferir, nos atos do juízo (STJ – RHC – Rel. José Cândido – j. 20.8.91).⁹¹

A matéria já foi tratada por Araújo, que concluiu não se poder mais “considerar o interrogatório como um ato exclusivo do juiz, pois tal interpretação afronta nossa Lei Maior, estando assim, sem dúvida, revogado o art.187 do Código de Processo Penal”.⁹² Ora, é evidente o acerto dessa posição

⁸⁹ LOPES JR, Aury Celso Lima. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 306. No mesmo sentido é a lição de Ada Grinover, pois “mais do que garantia do acusado, é condição de paridade de armas, imprescindível à concreta atuação do contraditório e, conseqüentemente, à própria imparcialidade do juiz” (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 64).

⁹⁰ *Apud* Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial/Cood. Alberto Silva Franco e Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 93.

⁹¹ *Ibid.*

diante dos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como no interesse da busca da verdade eticamente possível.

No mesmo sentido é a constatação de Slaibi Filho, citado por Araújo, ao afirmar que, diante da nossa Carta Magna, “o interrogatório deixa de ser ato processual exclusivamente entre autoridade processante e interrogado, revogando-se a partir da vigência da Constituição, o disposto no art.187 do Código de Processo penal”.⁹³

Outro exemplo de interpretação retrospectiva é encontrado na aplicação do artigo 217 do Código de Processo Penal⁹⁴. Na prática, é comum, inclusive, vermos juízes perguntando, sem qualquer provocação ou motivo concreto, aos depoentes se desejam prestar os depoimentos na presença do acusado⁹⁵. A medida visa evitar a intimidação das testemunhas, mas acaba por violar frontalmente o princípio da ampla defesa. Modernamente, percebeu-se que este conceito engloba não só a defesa técnica, como também a autodefesa, realizada pelo próprio acusado. Como admitir um ato processual em que a “ampla defesa” está decepada de um de seus braços? Quem melhor do que o próprio acusado para, em conjunto com seu defensor, formular perguntas à testemunha? Quem pode atestar com absoluta certeza o momento em que a testemunha falta com a verdade? Ante todo o exposto, forçoso é reconhecer que o artigo citado foi revogado.⁹⁶

Ademais, mesmo que se aceite a constitucionalidade do dispositivo, a

⁹² ARAÚJO, Geraldo Affonso Pimentel Pereira de. “O Interrogatório Criminal em Face do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa”. In: **Revista de Direito da Defensoria Pública**. n.10. Rio de Janeiro: Defensoria Pública Geral, 1996, p.292.

⁹³ SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 318.

⁹⁴ Art.17: “*Se o juiz verificar que a presença do réu, pela atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Neste caso, deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram*”.

⁹⁵ No sentido da aplicabilidade do artigo 217 do Código de Processo Penal é a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho, para quem se “o juiz, percebendo que a presença do réu pode levar a testemunha a deformar a verdade, pode determinar a providência de que trata este artigo, com muito mais razão quando a testemunha ou ofendido externa ao Magistrado sua preocupação quanto à sinceridade do depoimento a ser prestado na presença do réu, inculcando-lhe este certo receio. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva 2001, p. 437)

⁹⁶ O juiz, a quem cabe presidir o processo, é que deveria fazer valer sua autoridade para conseguir a tranqüilidade necessária para o depoimento; logo, não há o que a testemunha temer, até porque o acusado, posteriormente, terá, de qualquer forma, acesso ao depoimento prestado.

interpretação coadunada com uma perspectiva garantista deve ser diversa. A norma do artigo 217 do Código de Processo Penal tem natureza restritiva, pois vai de encontro a um direito público subjetivo, a saber: o de presenciar o ato processual. E, como toda norma restritiva de direitos, exige uma interpretação restritiva. Logo, a descrição legal exige uma “atitude” do réu, um agir capaz de “influir no ânimo da testemunha”, o que impede o juiz, de ofício ou mediante provocação, sem a constatação de uma “atitude” do réu, de retirar o réu da sala de audiências.

O artigo 384, que continua a ser reiteradamente aplicado pelas agências judiciais⁹⁷, também deve ser analisado à luz da diretriz conhecida como *princípio da correlação*⁹⁸ entre acusação⁹⁹ e sentença.

O princípio da congruência (ou da correlação entre o pedido e a sentença) significa, nas palavras de Moreira que “o juiz deve julgar todo o pedido e só o pedido, e não deve dizer absolutamente nada sobre o que não esteja contido nesse círculo”.¹⁰⁰ E por que isso se dá? Responde o processualista: “O que se tem em vista, sobretudo, é preservar o contraditório e o direito de defesa do réu”.¹⁰¹

O sistema processual penal que se afirma adotado no Brasil, como já se disse, é o acusatório, sendo que uma de suas características é, exatamente, o fato das funções de acusar, defender e julgar serem atribuídas a pessoas diversas. Assim, como escreveu Paulo Cláudio Tovo, “o juiz fica necessariamente vinculado à acusação inicial, não podendo dela afastar-se,

⁹⁷ Vale a transcrição da seguinte ementa que traduz o senso comum (juiz inquisitorial que tem o “dever(...) de determinar a (...) apuração” do crime) acerca do artigo 384 do CPP: “Admitindo a ocorrência de outro crime que não aquele apontado no requisitório público, tem o magistrado a obrigação, o dever mesmo, de determinar a sua apuração, nos termos do art. 384 do CPP, sob pena de anulação da sentença” (TACRIM-SP – AP – Rel. Silva Leme – RT 521/435). Pela aplicação do artigo em tela: RT 422/271, 446/448, 458/301, 534/346, 555/377,...

⁹⁸ Sobre o tema: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000; POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2001.

⁹⁹ Deve-se entender que o conceito de *acusação* é complexo por englobar a imputação (isto é, a atribuição de um fato a uma pessoa) e o pedido de condenação (a exteriorização da pretensão de se aplicar uma resposta penal à conduta desviante).

¹⁰⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Conferência proferida em 27/06/94 na EMERJ, reproduzida no **BA** n.1. jan/96.

¹⁰¹ *Ibid.*

ao menos em termos incriminatórios”.¹⁰²

Toda demanda, o que é vulgarmente conhecido como *ação*¹⁰³, possui três elementos, a saber: as partes (elemento subjetivo), o pedido (elemento objetivo) e a causa de pedir¹⁰⁴ (elemento causal). Ora, modificar um desses elementos é criar uma nova ação; se a ação penal pública é privativa do Ministério Público¹⁰⁵, só a esse órgão cabe criá-la, i.e., promovê-la. O juiz deve ter a virtude da autocontenção e não violar o art. 129, inciso I, da Carta Magna.

Do exposto, a única conclusão permitida é a de que o provimento jurisdicional é limitado pela *res in judicio deducta*. Se o acusado se defende dos fatos que integram a acusação, o artigo 384, *caput* (e o próprio parágrafo único do mesmo artigo), do diploma de 1941, não foi recepcionado pela Constituição da República (aliás, desde 1946, o artigo em tela não faz mais parte do ordenamento processual penal brasileiro, embora persista no imaginário – no senso comum – do operador jurídico). Logo, se o juiz verificar, no momento de proferir a sentença, que ocorreu uma circunstância ou elementar, não contida na denúncia/queixa, embora surgida no decorrer da instrução, não poderá reconhecê-las, e a única atitude que poderá tomar é julgar procedente ou não a pretensão punitiva estatal.

Giacomolli, ao analisar o parágrafo único do artigo 384 do Código de Processo Penal, é categórico, pois sendo

o processo penal, essencialmente, um processo de partes, ao juiz compete julgar; ao Ministério Público cabe exercer o jus acusationes e à defesa fazer valer todos os meios admissíveis à prova da inocência; é injustificável, contrariando o sistema acusatório e a exclusividade da Ação Penal do Ministério Público, a abertura dos autos para que este adite a denúncia, mor-

¹⁰² *Ibid.*, p.45

¹⁰³ Os conceitos de *ação* e *demanda* não se confundem. Ação é direito (ou poder), enquanto demanda é o ato de pedir a prestação jurisdicional.

¹⁰⁴ No processo penal a *causa petendi* integra a acusação e é constituída pelo conjunto de fatos atribuídos ao acusado. Em outras palavras, a causa de pedir identifica-se com a imputação.

¹⁰⁵ “Com a criação do Ministério Público, a acusação estatal encontrou o órgão apropriado ao exercício da pretensão punitiva e da ação penal, ficando o juiz investido da incumbência exclusiva de decidir imparcialmente o conflito entre o direito de punir e o direito de liberdade do acusado” (MARQUES, José Frederico. “Do processo penal acusatório”. In: **Estudos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001, p. 20-21).

*mente se considerarmos que acompanhou a instrução e aduziu suas alegações; não exercendo o órgão acusador, espontaneamente, o poder de aditar, o terceiro sujeito não tem legitimidade para determinar que o faça*¹⁰⁶.

Críticas similares às do artigo 384 merece o artigo 410 do diploma processual básico. Enquanto o já mencionado artigo 384 e seu parágrafo possuem a regra genérica da desclassificação em nosso direito processual penal, o artigo 410 possui regra específica para as hipóteses em que a petição inicial imputa ao acusado um crime doloso contra a vida. Acontece, como bem atentou James Tubenchlak,¹⁰⁷ que a regra geral é “mais completa” do que a regra específica. Ora, se a norma do artigo 410 do Código de Processo Penal consegue violar de forma ainda mais grave a ordem constitucional, é evidente que essa norma, também, foi revogada.

No Código de 1941, cuja substituição se espera para breve, podem ser encontrados diversos outros artigos cuja aplicação não se sustentaria após uma filtragem constitucional¹⁰⁸ e que exemplificam o caráter conservador e anti-garantista do fenômeno da interpretação retrospectiva.

Outros exemplos de interpretações judiciais retrospectivas podem ser encontrados na legislação extravagante. Assim, por exemplo, o já citado artigo 2.º, inciso II, da Lei dos Crimes Hediondos, tem sido aplicado pelos órgãos jurisdicionais a todo e qualquer caso penal, privilegiando a abstração do legislador em detrimento da real situação conflitiva.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. LEI DE CRIMES HEDIONDOS. PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. A vedação contida no inciso II do art. 2º da Lei 8.072/90, sobre concessão de fiança e liberdade provisória aos denunciados pela prática de crimes hediondos, não apresenta vício de inconstitucionalidade por se

¹⁰⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. “Princípio da Provocação e os artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal”. In: **Estudos de Direito Processual Penal**. Porto Alegre: Editora do Advogado, 1995, p. 109.

¹⁰⁷ TUBENCHLAK, James. **Tribunal do Júri. Contradições e Soluções**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 83.

¹⁰⁸ Adota-se a expressão consagrada por Paulo Ricardo Schier (SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editores, 1999). A idéia de filtragem constitucional liga-se à adequação e (re)leitura da ordem jurídica ordinária à nova ordem constitucional.

tratar de benefício cuja regulamentação ou admissão é deferida pela Constituição Federal à lei ordinária (art. 5º, LXVII). Recurso de habeas corpus a que se nega provimento (STJ – RHC 3507/ES – 5ª. Turma, Rel. Min. Assis Toledo, DJU 09.5.94, p.10884)¹⁰⁹; DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA INADMISSIBILIDADE. 1. O homicídio qualificado é crime hediondo e, pois, insuscetível de liberdade provisória, sendo obrigatória a prisão do réu, preso em flagrante e pronunciado (Lei nº 8.072/90, artigo 1º. inciso I), e inaplicável a regra inserta no parágrafo 2º do artigo 408 do Código de Processo Penal. 2. Habeas corpus denegado. (STJ – HC 9193/SP m- 6ª. Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 28.6.99, p.155)¹¹⁰.

Esse entendimento monolítico vai de encontro à diretriz da igualdade esculpida na Constituição da República, como bem percebeu Costa, pois criaria uma hipótese de “prisão cautelar obrigatória,¹¹¹ e isso porque todos os homens são iguais em liberdade. O processo penal destina-se a verificar em que medida a liberdade pode ser diminuída¹¹².”

E arremata a autora paulista:

Dir-se-á que a Constituição remete as hipóteses de liberdade provisória à lei, e que a lei pode, portanto, dispor alternativas à prisão preventiva e à liberdade provisória. Mas a lei nunca poderá inverter valores para considerar regra a prisão e exceção a liberdade¹¹³(...)

*A lei não pode, em síntese, inviabilizar liberdade fora do devido processo legal. E a prisão cautelar que não decorrer de individualização na **persecutio criminis**, não está autorizada pelo*

¹⁰⁹ Apud GARCINDO FILHO, Alfredo de Oliveira. **Jurisprudência criminal do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 5. ed. Curitiba: Ed. do Autor, 1999, p. 191.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ A antiga *prisão de curso forçado* de odiosa lembrança.

¹¹² COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Revista, dos Tribunais, 2001, p. 77.

¹¹³ Como anota Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, a “sentença condenatória irrecorrível é o fator formal discriminador eleito pela Constituição para a ruptura da igual liberdade dos homens” (*ibid.*). Trata-se de aplicação do chamado *princípio da presunção de inocência*, na

*devido processo legal*¹¹⁴.

Outra questão que tem sido objeto de uma interpretação retrospectiva por parte dos Tribunais, que abstraem as conquistas históricas obtidas na caminhada pela democratização do processo, diz respeito ao alcance e conteúdo do artigo 26, incisos I, alínea “b”, e II, da Lei n.º 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). Tais dispositivos tratam do poder de requisição conferido aos órgãos de execução do Ministério Público.

As decisões judiciais têm sido, preponderantemente, no sentido de existir um “dever-poder” do órgão judicial colaborar com o Ministério Público na produção probatória.

Assim, por exemplo:

RECLAMAÇÃO. ARTs. 219 E 230 DO CODJERJ. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS REQUERIDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INVERSÃO TUMULTUÁRIA DO PROCESSO. Interposição visando a intimação da testemunha vítima para que informe em qual hospital foi atendida, visando a confecção laudo de exame de corpo de delito indireto. Admissibilidade, pois a diligência requerida por ocasião da denúncia não poderia ser indeferida pelo só fato de ter o Ministério Público o poder de requisitar informações e documentos às autoridades competentes, pena de se estar negando vigência aos arts. 399 e 499 do Código de Processo Penal. Procedência da reclamação (TJ/RJ – Reclamação n.º 2001. 077.00038 – 2.ª Câmara Criminal, Rel. Des. Nestor L. B. Ahrends, D.O., Parte III, 17.8.01, fls. 26//27). No corpo do mesmo acórdão é possível ler:

Em que pese a faculdade ministerial de requisitar diligências, tem o Julgador o poder-dever de colaborar com o ‘dominus litis’, já que, ao menos em tese, comum o interesse de ambos, no sentido da apuração da verdade.

As diligências necessárias que surgem no decorrer do processo devem

verdade, regra de tratamento a ser conferida a todos aqueles que não têm em seu desfavor uma sentença penal condenatória irrecorrível (Nesse sentido: VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000; GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001).

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 80.

*ser consideradas e deferidas pelo julgador com o objetivo de obter todas as provas que possam contribuir para apreciação dos fatos...*¹¹⁵

A função jurisdicional, não obstante, é substitutiva. O órgão judicial só deve (*rectius*: pode) atuar na gestão da prova de forma supletiva. Em outras palavras, o juiz só “busca/produz” a prova, nos limites eticamente viáveis, quando as partes, por si sós, não conseguem produzi-la. Trata-se de um imperativo do sistema acusatório e do estado democrático de direito. Logo, todos os elementos de convicção que podem ser diretamente trazidos aos autos pelas partes não devem ser objeto de requerimento ao órgão julgador.

Esses requerimentos de providências judiciais, que podem ser efetuadas pelo *parquet* sem comprometer qualquer das garantias processuais, carecem do interesse/necessidade exigível dos provimentos jurisdicionais¹¹⁶. Dito de outra forma, o Ministério Público detém o dever/poder de requisitar diretamente o ato (v.g., a remessa da folha de antecedentes criminais) do órgão público ou entidade privada responsável, se entender necessário.¹¹⁷ Frise-se, mais uma vez, só cabe ao órgão julgador abandonar a inércia, inerente à atividade jurisdicional e condicionante da pretendida imparcialidade, se existir efetiva necessidade.

Por outro lado, a falta eventual de estrutura do órgão de atuação do Ministério Público não pode servir de desculpa para o descumprimento das relevantes funções dessa imprescindível Instituição derivadas da nova ordem constitucional. Ora, o Ministério Público possui dotação orçamentária própria e pessoal altamente qualificado. Enquanto o Poder Judiciário adotar

¹¹⁵ TJRJ – Reclamação 38/01 – 2.ª Câmara Criminal, Rel. Des. Nestor Luiz B. Ahrends, D.O. 17.8.01, fls. 26/27.

¹¹⁶ “Para colher provas que indiquem a procedência da pretensão punitiva, o Estado tem órgão próprio, que é o Ministério Público, titular da ação penal e da acusação, e nunca o Juiz, órgão com incumbência apenas de aplicar imparcialmente o direito objetivo” (MARQUES, José Frederico. “Do processo penal acusatório”. In: **Estudos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001, p. 26).

¹¹⁷ Nesse sentido: “CORREIÇÃO PARCIAL. O órgão acusador – parte que é e poderes que tem – não pode exigir que o Poder Judiciário requisite diligências, quando o próprio Ministério Público pode fazê-lo. O mito que o processo penal mira a “verdade real” está superado. A busca é outra: julgamento justo do acusado (lições de ADAUTO SUANNES e LUIGI FERRAJOLI). O papel do juiz criminal é de equidistância: a aproximação entre acusador e julgador é própria do medieval inquisitório. Correição parcial improcedente (TJRS – CP 70002028041 – 5.ª C. Crim. – Rel. Amilton Bueno de Carvalho – j. em 20.12.2000 – RJ 282-ABR/2001).

uma postura paternalista/assistencialista, o *parquet* não alcançará a dimensão pretendida pela Constituição.

De igual sorte, descabem argumentos retóricos no sentido de que o *Ministério Público e o Poder Judiciário possuem o mesmo interesse, ou seja, a busca da verdade real*. Trata-se de discurso falacioso, pois parte de uma categoria ideal (*verdade*¹¹⁸) que não pode ser reproduzida (reconstruída) no processo penal. O juiz, bem como os demais atores jurídicos, não é um ser divino que consiga desvendar a verdade por detrás do conflito¹¹⁹, mas um ser falível e, portanto, a verdade lhe é inatingível, como a todos os demais humanos.

É imperioso acatar a lição de Marinoni, pois

*A figura mítica do juiz, como alguém capaz de descobrir a verdade sobre as coisas e, por isso mesmo, apto a fazer justiça, deve ser desmascarada. Esta fundamentação retórica de toda a doutrina processual não pode mais ter o papel de destaque que ocupa hoje. O juiz não é – mais do que qualquer outro – capaz de reconstruir fatos ocorridos no passado; o máximo que se lhe pode exigir é que a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas.*¹²⁰

Ademais, como observa o processualista paranaense,

¹¹⁸ Não obstante o prestígio que detém em meio aos processualistas, encontra-se superada a filosofia vinculada ao paradigma do ser, consagrada por Aristóteles (“dizer daquilo que é, que é, e daquilo que não é, que não é, é verdadeiro; dizer daquilo que não é, que é, e daquilo que é, que não é, é falso”, *apud* COSTA, Newton C. A. da. “Conjuntura e quase-conjuntura”. In: **Direito, política, filosofia, poesia: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, em seu octogésimo aniversário**. Coord. Celso Lafer e Tércio Sampaio Ferraz Jr. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 78). De fato, a verdade, entendida como a concordância entre um fato ocorrido na realidade sensível e a idéia que é feita dele (Cf. MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal** s. Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997, p. 59) é inatingível. Não há como reproduzir no processo os fatos tais como ocorreram. Nesse sentido, VOLTAIRE afirmava que “les vérités historiques ne sont que des probabilités”. (*Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil. V. 5: do processo de conhecimento, arts. 332 a 363**, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 39).

¹¹⁹ O conceito de *verdade real* é absoluto, logo engloba a totalidade do conhecimento acerca do objeto. Só se descobre a verdade acerca de uma hipótese se for possível excluir todas as hipóteses que não correspondam à verdade. Ou seja, a verdade pressupõe a não-verdade (a mentira). Todavia, os limites humanos só permitem conhecimentos parciais do objeto, sendo impossível destacar todas as hipóteses em contrário ao que se afirma verdadeiro.

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil. V. 5: do processo de conhecimento, arts. 332 a 363**, tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 42.

*a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que assistirem ao mesmo, ou ainda, do juiz, que há de valorar a evidência concreta. Sempre há uma interpretação formulada sobre tal fato - ou sobre a prova direta dele derivada - que altera o seu real conteúdo, acrescentando-lhe um toque pessoal que distorce a realidade. Mais do que isso, o julgador (ou historiador, ou, enfim, quem quer que deva tentar reconstruir fatos do passado) jamais poderá excluir, terminantemente, a possibilidade de que as coisas possam ter-se passado de outra forma.*¹²¹

Parece indubitável que os tribunais ao acolherem reclamações/correições parciais contra atos de juízes que indeferem requerimentos acerca de elementos que poderiam ser alcançados através de requisição direta do Ministério Público partem do paradigma do objeto¹²² (paradigma do ser) e esquecem que o mesmo foi superado pelo paradigma do sujeito¹²³, que, por sua vez, em uma sociedade democrática e fraternal, deve ser substituído pelo paradigma dialético.¹²⁴

O raciocínio dialético permite que se alcance os *topoi* (“lugares comuns”) e “possibilita situar os problemas em aberto a partir de uma multiplicidade de perspectivas”.¹²⁵ A tópica gera a lógica do

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao código de processo civil**, v. 5: do processo de conhecimento, arts. 332 a 363, tomo I – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 40.

¹²² O paradigma do objeto parte da premissa de que todo objeto possui uma essência (preexistente ao objeto) que pode ser revelada ao sujeito cognoscente. Sobre o tema: LUDWIG, Celso Luiz. “A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel”. Dissertação de mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1993, p. 10.

¹²³ O paradigma do objeto vigorou até meados do século XVIII, tendo perdido a hegemonia com as idéias iluministas divulgadas desde então. O paradigma do sujeito, assentado em bases racionalistas, parte do sujeito cognoscente e deixa o objeto em uma posição secundária, pois este só existe em razão daquele. Há um deslocamento do “núcleo de interesse do objeto para o sujeito” (MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p. 43).

¹²⁴ Partindo de Habermas, chega-se ao paradigma dialético. Assim, a razão não se encontra no mundo (paradigma do objeto), nem no sujeito (paradigma do sujeito), mas é construída democraticamente pelos sujeitos a partir da linguagem. A razão, em última análise, é um processo aberto e intersubjetivo (Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia, entre a facticidade e validade**; trad. Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I).

provável e abre a relação sujeito cognoscente – objeto para diversas considerações e argumentos, o que gera opções (discursos) justas para a questão.

O conceito de verdade substancial, instrumental na praxe judicial, deve ser substituído pelo de probabilidade nos autos (“verdade” processual), que, por sua vez, é um conceito dialético, criado pelos sujeitos cognoscentes no plano argumentativo. Em outras palavras, cabe às partes (Ministério Público ou ofendido e acusado) interagir (dialogar) e expor os elementos de convicção e opções que o julgador irá dispor para acertar o caso penal, declarar se há ou não verossimilhança entre o ocorrido em dado momento discriminado na acusação e os fatos imputados na petição inicial. A democratização do processo penal passa pela possibilidade das partes, por si mesmas, produzirem os elementos que acharem convenientes à satisfação de suas pretensões.

Da mesma forma, o órgão julgador não pode mais se colocar como conquistador do objeto e deter a gestão das provas, mas interagir com as partes e agir, apenas, supletivamente com o intuito de buscar a probabilidade possível nos elementos colacionados aos autos, o que na melhor doutrina é chamada de “*verdade eticamente possível*”.

Merece, também, sofrer uma filtragem constitucional a norma do artigo 225, § 1.º, inciso I, do Código Penal, que trata da legitimidade para propor a ação penal, nos crimes contra os costumes, nas hipóteses em que a vítima ou seus pais não podem prover às despesas com o processo.

A matéria não tem sido questionada nos tribunais, como se percebe da leitura das seguintes ementas:

Estupro. Miserabilidade da vítima: a pobreza pode ser demonstrada pelos meios de prova em geral. Conceito de pobreza no sentido legal. Representação feita pela mãe da ofendida: não se exige a observância de formalidades, importando, apenas, que se caracterize a manifestação de vontade do ofendido, ou de seu representante legal. (STF, HC 70.184/RJ, Rel. Marco Aurélio, DJU, 8.10.1999)¹²⁶.

Além da representação é indispensável para que pública se

¹²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 80.

¹²⁶ *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 905.

torne a ação tendo por objeto o delito de atentado violento ao pudor sejam a vítima ou seus pais miseráveis, no sentido legal do termo, isto é, que não possam prover as despesas do processo 'sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família', consoante redação do artigo 225, § 2º, do CP. (TJSP – AC – Rel. Onei Raphael – RT 566/307).¹²⁷

No mesmo sentido, tem sido a posição predominante no Ministério Público, como se lê em parecer da lavra de Ferrer: “Afirmada a miserabilidade, a ação penal relativa aos crimes apurados no feito passa a ser pública condicionada à representação”.¹²⁸

Viola a razoabilidade dos atos legislativos e, portanto, é inconstitucional que fatores meramente econômicos possam alterar a *legitimidade* e a própria *natureza da ação penal* condenatória, máxime após o processo histórico que culminou com a constitucionalização da Defensoria Pública.

Como se sabe, a ação penal privada (*rectius*: ação penal de iniciativa privada) é regida pelo *princípio da oportunidade*, do qual derivam inúmeras conseqüências de ordem material e processual (v.g., a *disponibilidade* da persecução penal), o que potencializa a necessidade de *critérios razoáveis* para diferenciá-la da ação penal pública, esta sujeita ao binômio obrigatoriedade/indisponibilidade.

O dispositivo legal em questão, se razoável à época de sua elaboração, perdeu progressivamente sua justificação constitucional, à medida que a Defensoria Pública foi se estruturando no Estado brasileiro. Aliás, a Defensoria Pública é o único órgão estatal com atribuição oriunda da Carta Magna para a prestação de assistência jurídica aos hipossuficientes. Basta a leitura dos artigos 134 e 129, a *contrario sensu*, da Constituição da República, para percebermos que o artigo 225, § 1.º, inciso I, não resiste a uma filtragem constitucional e não foi, portanto, recepcionado. Sustentar o contrário é interpretar retrospec-

¹²⁷ *Apud* FRANCO, Alberto Silva... [et al.]. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 1357.

¹²⁸ FERRER, Flávia. **Escritos de direito e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 159.

tivamente o sistema legal.¹²⁹

Por fim, cumpre esclarecer que a quantidade e variedade de desvios interpretativos encontrados na (juris)prudência dos tribunais pátrios dificultam qualquer tentativa de sistematização. Portanto, forte no método indiciário, buscou-se através de poucos exemplos arbitrariamente escolhidos detectar sintomas que podem adequar-se ao rótulo de produtos da interpretação retrospectiva. ◆

¹²⁹ De fato, a existência de uma ação penal de iniciativa privada retrata uma ultrapassada visão privatística do processo penal, com justificação filosófica em um liberal individualismo incompatível com o programa constitucional escrito na Constituição de 1988 (nesse sentido: JARDIM, Afrânio Silva. “Crítica à ação penal privada subsidiária e à ação penal popular subsidiária”. *In: Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 294-295). Todavia, a chamada ação penal existe, não afronta a Constituição e deve ser reconhecida até que os representantes do povo a excluam do ordenamento. Outrossim, não se advoga a total exclusão da vítima do processo penal, mas de limitar essa atuação aos limites do imprescindível aos interesses do justo processo. Vale lembrar que, se o processo penal é *la ley del más débil*, a vítima é a preocupação do sistema processual no momento em que é a *más débil*, a saber: no momento do cometimento do crime (Cf. FERRAJOLI, **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999).

Fato Gerador do Imposto de Transmissão de bens imóveis no Sistema Brasileiro

MARIA CRISTINA BARROS GUTIERREZ SLAIBI

Juíza de Direito do TJ/RJ

Professora de Direito Processual Civil - UNIPLI

INTRODUÇÃO

Neste estudo pretende-se destacar a importância do momento em que ocorre a transmissão da propriedade para efeitos de incidência do fato gerador do imposto de transmissão de bens imóveis (ITBI). O tema é de suma importância, inclusive para que se possa afastar eventual repercussão criminal na vida do contribuinte.

Para a abordagem, fez-se necessária uma incursão em diversos ramos do Direito, especialmente do Direito Civil, Constitucional e Tributário, bem como o estudo, ainda que breve, do direito comparado.

O primeiro capítulo contém uma breve exposição sobre o sistema da aquisição de propriedade nos ordenamentos jurídicos francês, alemão e brasileiro. No modelo francês, o contrato é simultaneamente obrigação e fato gerador do direito real, prescindindo da transcrição no registro imobiliário. No sistema germânico, ao contrário, a propriedade se transfere com o registro, não bastando o simples acordo de vontades, entendimento este espousado pelo sistema jurídico brasileiro, que se baseia na premissa de que, com o registro imobiliário, estará sendo alcançado o efeito *erga omnes*, tornando o negócio jurídico público e oponível perante terceiros, dissertando-se as principais diferenças entre os sistemas brasileiro e germânico quanto aos efeitos do registro.

No capítulo a seguir, aborda-se o fato gerador do imposto de transmissão de bens imóveis no sistema brasileiro e o momento de sua ocorrência.

cia. Como será analisado, doutrina e jurisprudência divergem sobre se a promessa de compra e venda com quitação do preço constitui fato gerador do ITBI ou não.

A possibilidade de inclusão da promessa de compra e venda, com quitação de preço, não registrada na expressão “cessão de direitos a sua aquisição”, inserta no art. 156, II, da Carta Magna de 1988, é o tema central discutido no capítulo 3 do presente trabalho. Questiona-se se a promessa de compra e venda quitada e registrada constituiria direito real e, conseqüentemente, poderia ser considerada fato gerador do imposto de transmissão de bens imóveis.

A seguir, comenta-se sobre precedente do Supremo Tribunal Federal que destaca que somente o registro de compra e venda constitui fato gerador do ITBI, declarando inconstitucional legislação estadual do Rio de Janeiro que erigia o compromisso de compra e venda e a promessa de cessão de direitos aquisitivos em fato gerador do ITBI.

No capítulo 5, disserta-se sobre os efeitos penais que pode sofrer o contribuinte, sob alegação de sonegação fiscal, por não ter recolhido o imposto de transmissão, com instauração de inquérito policial para tal apuração. Manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça, órgão competente para o exame dos feitos de natureza tributária, em acórdão citado adiante, que “se a Seção de Direito Público daquele Tribunal indica que é o registro imobiliário o fato gerador do ITBI, não pode responsabilizar criminalmente aquele que ainda não atingiu a citada fase de registro da propriedade, adquirida por cessão”.

Conclui-se o presente trabalho com a assertiva de que, no vigente ordenamento jurídico brasileiro, em que a transmissão da propriedade ocorre com a transcrição do título aquisitivo no registro imobiliário, as normas que, de algum modo indiquem como fato gerador do ITBI a quitação do preço na promessa de compra e venda, carecem de fundamentação, merecem interpretação compatível com os ditames constitucionais.

1. SISTEMA DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL

Constitui questão prejudicial à apreciação do tema breve digressão sobre os dois principais sistemas jurídicos que tratam da forma de aquisição da propriedade imóvel, quais sejam: o francês e o germânico. Após, será

abordado o sistema brasileiro, que se aproxima do modelo alemão, porém de forma mitigada, como se verá adiante.

1.1. NO DIREITO FRANCÊS E NO GERMÂNICO

No sistema jurídico francês, a transcrição no registro imobiliário não é constitutiva de direito real. O efeito translativo decorre do próprio contrato de compra e venda, doação, permuta etc. O contrato é, ao mesmo tempo, obrigação e fato gerador do direito real. Existem duas fases distintas: quando do contrato, a propriedade transfere-se pelo consentimento, acarretando efeito entre as partes; com o registro imobiliário, o direito alcança o efeito *erga omnes*. O registro tem apenas o efeito de tornar o negócio público e oponível perante terceiros.¹

A transferência da propriedade se opera em razão do simples consentimento, consoante prescreve o art. 711 do Código Civil francês: “*La propriété des biens s’acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l’effet des obligations*”.

Tal dispositivo se conjuga com o disposto no art. 1.138, na 1ª alínea: “*L’obligation de liver la chose est parfaite par le seul consentment des parties contractantes*”.

A transcrição do título, no Direito francês, não é necessária para transferir o domínio, mas, apenas, para garantir direitos de terceiros, através da publicidade.

Especialista no tema, prossegue Serpa Lopes² com referência ao sistema francês:

Do ponto de vista formal, o sistema do Registro de Imóveis do Direito francês é calcado sobre o critério do nome das pessoas, não se levando em conta o imóvel. O número de atos subordinados ao registro é em número deficiente. Os efeitos da transcrição limitam-se, como já vimos, aos de simples oponibilidade do

¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: direito das coisas**. 5. ed. rev. e at. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v. VI. Segundo Maria Helena Diniz (**Curso de Direito Civil brasileiro**. 7. ed. aum. at. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 4, p. 104, nota 71), na França e na Itália (CC, art. 922), o simples contrato tem o condão de transferir a propriedade.

² Op. cit. p. 650/651. Para maior aprofundamento do tema sobre os vários sistemas de publicidade vigentes nas mais importantes legislações dos povos cultos, vide obra do mesmo autor: **Tratado dos registros públicos**, 2. ed., v. 1.

ato em relação a terceiros. Tem caráter puramente negativo. Nenhuma presunção de exatidão.

Contudo, alguns doutrinadores reputam como mais perfeito o sistema alemão, se considerado o aspecto da segurança que o registro imobiliário deve oferecer.

O Código Civil alemão de 1896 (B.G.B.) instituiu a necessidade da transcrição para a aquisição do domínio de bem imóvel. Há um exame prévio do título que serve de instrumento para a transferência da coisa, perante juízes do registro imobiliário. Exige cadastro rigoroso e confiável dos imóveis.

Nesse sistema, muitos sustentam que a inscrição firma uma presunção *iuris et de iure* da propriedade, vale dizer, confere àquele em cujo nome se acha transcrita a propriedade de um imóvel a presunção absoluta de que esse bem lhe pertence, isto é, que é o proprietário do bem. É o que se extrai dos arts. 873 e 891, traduzidos por Souza Diniz:³

*§ 873 (Aquisição por consentimento e inscrição). Para a transmissão da propriedade sobre um prédio, para a oneração de um prédio, com um direito, assim como para a transmissão ou oneração de um tal direito, é necessário o acordo (**Einigung**) do titular e da outra parte sobre a ocorrência da novação e a inscrição (**Eintragung**) da novação no Livro de Imóveis, sempre que a lei não prescrever outra coisa. Antes da inscrição só estão os interessados vinculados ao acordo quando a declaração estiver documentada judicialmente ou por tabelião, ou for enunciada ante o ofício do Livro de Imóveis, ou a este entregue, ou quando o titular, a outra parte tiver entregue uma autorização de inscrição de conformidade com as disposições da Ordenação do Livro de Imóveis.*

§ 891 (Presunção jurídica). Se, no Livro de Imóveis, a favor de alguém, estiver inscrito um direito, presumir-se-á que o direito lhe cabe. Se, no Livro de Imóveis, estiver cancelado um direito, presumir-se-á que o direito não existe.

Com referência à superioridade do sistema alemão, pondera Orlando Gomes:⁴

³ **Código Civil alemão**. Trad. por Souza Diniz, Rio de Janeiro: Distribuidora Record, 1962.

⁴ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 141.

Mas, se o sistema do direito imobiliário alemão apresenta essa superioridade incontestável, que resulta da existência de livros fundiários, nos quais estão cadastradas todas as propriedades, por outro lado tem sido objeto de crítica pelo fato de contar, entre seus princípios cardeais, o da abstração da causa. A transcrição no direito alemão resulta de um “acordo formal de transmissão”, no qual as partes manifestam consentimento específico para que se efetive. Assim, além do negócio jurídico hábil à transferência da propriedade, chamado negócio causal, porque é concretamente a causa da transmissão, faz-se necessário que as partes realizem o convênio jurídico-real, isto é, a conjunta declaração de vontade para a transcrição. O importante é, porém, que esse convênio é inteiramente dissociado do negócio causal. Não se leva em conta; abstrai-se a causa. Em consequência, a nulidade do negócio causal não contamina o convênio, vale dizer, o contrato estipulado para o registro.

1.2. NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No sistema brasileiro o contrato é instrumento, mas também não é suficiente para a aquisição da propriedade de bens imóveis. Afasta-se, assim, do modelo francês, em que o simples pacto transfere a propriedade.

Faz-se necessária, outrossim, a transcrição do título aquisitivo para que se efetive a transmissão da propriedade, aproximando-se, neste aspecto do sistema alemão, consoante se vê dos arts. 530, inciso I, e 531, ambos do Código Civil brasileiro de 1916:

Art. 530. Adquire-se a propriedade imóvel:

I – pela transcrição do título de transferência no Registro de Imóvel.

Art. 531. Estão sujeitos à transcrição, no respectivo Registro, os títulos translativos da propriedade imóvel, por ato entre vivos.

Contudo, dele se diferencia, visto que a transcrição do título no registro imobiliário gera apenas uma presunção *iuris tantum*, vale dizer, relativa.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa,⁵ o Código Civil brasileiro adota o sistema tedesco, com a mitigação necessária à realidade social. Clóvis

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. São Paulo: Atlas, 2001. v. 4. p. 152.

Bevilaqua adotou o primeiro passo da dogmática positiva alemã: a transmissão da propriedade imóvel dá-se pela transcrição. O contrato gera apenas obrigação, direito pessoal.

Salienta ainda o mesmo autor (o que levou Teixeira de Freitas a fazer constar a exigência do registro para a aquisição da propriedade imobiliária):⁶

No direito anterior vigente no País, proclamava-se a suficiência tão-só do contrato para a aquisição da propriedade, sem necessidade de outra formalidade. Entendia-se, porém, de forma contraditória, que a transcrição no registro imobiliário era necessária para obtenção de efeito perante terceiros. Por esta razão, Teixeira de Freitas, em sua Consolidação das Leis Civis, acentuou a distinção entre a aquisição de bens móveis e imóveis, sustentando a exigência do registro para os imóveis.

Diferentemente do sistema alemão, no sistema brasileiro, como já se destacou, o registro do título opera presunção relativa da propriedade; o exame do título se faz de maneira mais perfunctória pelo oficial do registro, que se recusará a efetuar-lo se lhe faltarem os requisitos.

Sobre o tema, comenta Maria Helena Diniz:⁷

*Como Sá Pereira, podemos afirmar que o sistema brasileiro ainda se acha bem longe do alemão, uma vez que, entre nós, o registro é uma presunção **juris tantum** da aquisição da propriedade imobiliária (CC, art. 859) e não **juris et de jure**, em face da não-existência do cadastro em nosso meio jurídico; assim qualquer falha ou deficiência no funcionamento do registro jamais acarretará responsabilidade do poder público.*

Tal presunção **iuris tantum** extrai-se do disposto no art. 859 do Código Civil: *Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu.*

Vale dizer, enquanto o registro não for anulado, é eficaz a presunção.

Outra relevante distinção, com referência ao direito alemão, anteriormente mencionada, é que em nosso sistema de direito imobiliário qualquer pessoa interessada pode requerer o registro, enquanto no sistema alemão, para a transcrição, há necessidade do acordo de ambas as partes.

⁶ Op. cit., p. 152.

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 7. ed. aum. at. São Paulo: Saraiva, 1991.

Cabe acrescentar que o novo Código Civil brasileiro, de 10 de janeiro de 2002 (que produzirá efeitos a partir de 1 de janeiro de 2003), manteve tais princípios, consoante se extrai dos arts. 1.245 a 1.247:

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Art. 1.246. O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.

Art. 1.247. Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule.

Parágrafo único. Cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente.

2. FATO GERADOR DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS NO SISTEMA BRASILEIRO

O momento da ocorrência do fato gerador do imposto sobre a transmissão de bens imóveis (ITBI) é tema tormentoso no direito brasileiro.

A promessa de compra e venda com quitação do preço constitui fato gerador do ITBI?

Diversos diplomas legais atestam que sim, v.g. a Lei nº 1.348/88, do Município do Rio de Janeiro, em seu art. 20, considera como fato gerador do ITBI a quitação do preço acordado na promessa de compra e venda, contando-se a partir daí o prazo de 30 dias para o pagamento do imposto, sob pena de aplicação de multa ao contribuinte *ex vi* de seu § 3º:

O promitente comprador e o promitente cessionário, na hipótese de haver quitação contratual, ficam obrigados a apresentar à repartição fazendária o respectivo título, acompanhado da prova de pagamento do imposto, efetuado na forma do caput deste artigo, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data prevista no

instrumento para o efetivo pagamento total do preço, sob pena de aplicação da multa prevista no art. 23, inciso IV, desta lei, sem prejuízo das demais penalidades cabíveis.

A divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema resume-se, basicamente, em dois posicionamentos: o primeiro, considerando como fato gerador do ITBI a transcrição da escritura de compra e venda no registro imobiliário; o segundo, reputando a ocorrência do fato gerador no momento em que se efetua a escritura definitiva do negócio jurídico (compra e venda), título hábil à transmissão, pelo registro, da propriedade.

2.1. TRANSCRIÇÃO DA ESCRITURA DE COMPRA E VENDA NO REGISTRO IMOBILIÁRIO COMO FATO GERADOR DO ITBI

O primeiro entendimento considera que o fato gerador do ITBI, à luz do dispositivo constitucional, é a transmissão da propriedade imóvel, que no direito civil pátrio (arts. 530 e 531 do Código Civil de 1916 e 1.245 do Código Civil de 2002) somente se dá com a transcrição no registro imobiliário dos títulos translativos da propriedade, como a escritura definitiva de compra e venda.⁸

A Constituição Federal, em seu art. 146, incisos II e III, atribuiu à lei complementar competência para estabelecer normas gerais em matéria de impostos, inclusive definição dos respectivos fatos geradores.

O Decreto-lei federal nº 406/68, recepcionado com natureza de lei complementar, remete expressamente ao Código Civil o conceito de transmissão de bens imóveis para a fixação do fato gerador do ITBI.

Aliás, os arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional⁹ confirmam que o fato gerador do ITBI ocorre com a transcrição do título no registro imobiliário, ao expressamente remeterem ao direito privado a definição dos conceitos postos nos dispositivos constitucionais, como, por exemplo, aquele que previu a instituição do ITBI pelos Municípios.

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institu-

⁸ Ver BARROS MONTEIRO, W. **Curso de Direito Civil**, p. 104, e GOMES, Orlando, p. 137, **Alienação fiduciária em garantia**, apud DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 104.

⁹ Como lei complementar à Constituição e assim vinculando a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal na instituição e na cobrança de seus tributos, o Código Tributário Nacional ocupa função relevante no sistema tributário brasileiro, submetidas as suas normas à interpretação do Superior Tribunal de Justiça.

tos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Nesse sentido, a remansosa jurisprudência dos Tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça:

Superior Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO: RESP 12546/RJ (199100140783)

RECURSO ESPECIAL

DECISÃO: POR UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DATA DA DECISÃO: 21/10/1992

ÓRGÃO JULGADOR: - PRIMEIRA TURMA

E M E N T A

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS - FATO GERADOR - REGISTRO IMOBILIÁRIO - (C. CIVIL, ART. 530).

A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA APENAS SE TRANSFERE COM O REGISTRO DO RESPECTIVO TÍTULO (C. CIVIL, ART. 530). O REGISTRO IMOBILIÁRIO É O FATO GERADOR DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS. ASSIM, A PRETENSÃO DE COBRAR O ITBI ANTES DO REGISTRO IMOBILIÁRIO CONTRARIA O ORDENAMENTO JURÍDICO.

RELATOR: MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS

INDEXAÇÃO: IMPOSTO DE TRANSMISSÃO, FATO GERADOR, DATA, TRANSCRIÇÃO, TÍTULO, AQUISIÇÃO, BENS IMÓVEIS, CARTÓRIO, REGISTRO DE IMÓVEIS.

FONTE: DJ DATA: 30/11/1992 PG: 22559

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS: LEG: EST DEL: 000005 ANO: 1975 ART: 00089 INC: 00001 CÓDIGO TRIBUTÁRIO (RJ) LEG: FED DEL: 000413 ANO: 1979 LEG: FED LEI: 005172 ANO:

1966 ***** CTN-66 CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL ART:
00035 INC: 00001 ART: 00110 LEG: FED LEI: 003071 ANO:
1916 ***** CC-16 CÓDIGO CIVIL ART: 00530

Tribunal de Justiça do Distrito Federal

PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL APC4905898 DF

ACÓRDÃO: 112240

ÓRGÃO JULGADOR: 4ª Turma Cível DATA: 14/12/1998

RELATOR: SÉRGIO BITTENCOURT

PUBLICAÇÃO: Diário da Justiça do DF: 20/04/1999 Pág: 129

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS: CÓDIGO CIVIL ART-530

*RAMO DO DIREITO: DIREITO CIVIL DIREITO TRIBUTÁRIO
E M E N T A*

*TRIBUTÁRIO - ITBI - ESCRITURA PARTICULAR DE COMPRA
E VENDA SEM REGISTRO - FATO GERADOR NÃO CARACTE-
RIZADO - LEI DISTRITAL 11/88 - CONFISSÃO E PROPOSTA
DE PARCELAMENTO DO DÉBITO - QUESTÃO IRRELEVANTE.
O DISPOSTO NO ART. 2º DA LEI DISTRITAL 11/88 NÃO SE
COADUNA COM O SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO, PARA O QUAL
SÓ SE ADQUIRE A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA MEDIANTE
REGISTRO DO TÍTULO QUE LHE DEU CAUSA. ILEGAL, POR-
TANTO, O LANÇAMENTO DO ITBI ANTES DA APRESENTAÇÃO
DA ESCRITURA DE COMPRA E VENDA AO OFICIAL REGIS-
TRADA A CONFISSÃO DO DEVEDOR E CONCOMITANTE PE-
DIDO ADMINISTRATIVO DE PARCELAMENTO DO DÉBITO
NÃO O IMPEDE DE VOLTAR A DISCUTIR A LEGALIDADE DO
LANÇAMENTO DO TRIBUTO, TENDO EM VISTA A GARANTIA
INSERTA NO ART. 5º, INCISO XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FE-
DERAL.*

DECISÃO: DAR PROVIMENTO. À UNANIMIDADE.

*INDEXAÇÃO: PROCEDÊNCIA, EMBARGOS A EXECUÇÃO,
PROCESSO DE EXECUÇÃO, INEXISTÊNCIA, DÍVIDA FISCAL.*

Superior Tribunal de Justiça

ACÓRDÃO: RHC 5178/SP (199500711702)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS

DECISÃO: POR UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DATA DA DECISÃO: 28/02/1996

ÓRGÃO JULGADOR: - SEXTA TURMA

E M E N T A

- PENAL. HABEAS CORPUS. INQUÉRITO. TRANCAMENTO. SONEGAÇÃO FISCAL.

ITBI. INOCORRÊNCIA.

- A SIMPLES PROMESSA DE CESSÃO DE DIREITOS NÃO GERA, NA CONCEPÇÃO JURÍDICA DA EGRÉGIA PRIMEIRA SEÇÃO, DESTE STJ, OBRIGAÇÃO DO PAGAMENTO DO ITBI, CUJO FATO GERADOR É O REGISTRO DO RESPECTIVO TÍTULO. SENDO ASSIM, DESCABE IMPUTAR O CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL A QUEM PORTA, APENAS, PROMESSA DE CESSÃO DE DIREITOS.

- RECURSO PROVIDO.

HABEAS CORPUS DEFERIDO.

RELATOR: MINISTRO WILLIAM PATTERSON

INDEXAÇÃO: CABIMENTO, TRANCAMENTO, INQUÉRITO POLICIAL, SONEGAÇÃO FISCAL, ATIPICIDADE, FATO, NECESSIDADE, REGISTRO, IMÓVEL, CARACTERIZAÇÃO, FATO GERADOR, COBRANÇA, (ITBI), DESCABIMENTO, INCIDÊNCIA, IMPOSTO, PROMESSA, CESSÃO DE DIREITOS.

CATÁLOGO: PP 0534 INQUÉRITO POLICIAL TRANCAMENTO ATIPICIDADE

FONTE: DJ DATA: 13/05/1996 PG: 15574

VEJA: VEJA: RESP 12.546-RO; RESP 1.066-RO (STJ)

Tribunal de Justiça do Distrito Federal

PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL APC4845198 DF

ACÓRDÃO: 119648

ÓRGÃO JULGADOR: 2ª Turma Cível DATA: 11/06/1999

RELATOR: EDSON ALFREDO SMANIOTTO

PUBLICAÇÃO: Diário da Justiça do DF: 17/11/1999 Pág: 22

OBSERVAÇÃO: STJ RESP 1066/RJ, RHC 5178/1995 STF REPRESENTAÇÃO 1121-GO

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS: CÓDIGO CIVIL ART-530 INC-1 CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL ART-130 ART-131 DIS LEI-

11/1988 ART-2 ART-9

RAMO DO DIREITO: DIREITO TRIBUTÁRIO

E M E N T A

AÇÃO DE COBRANÇA - IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO “INTER VIVOS” DE BENS IMÓVEIS - CESSÃO DE DIREITOS. A SIMPLES PROMESSA DE CESSÃO DE DIREITOS NÃO GERA OBRIGAÇÃO AO PAGAMENTO DO ITBI, CUJO FATO GERADOR É O REGISTRO DO RESPECTIVO TÍTULO, QUANDO SE TRANSFERE A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA.

DECISÃO: NEGAR PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.

INDEXAÇÃO: CONFIRMAÇÃO, DEVOUÇÃO, REPETIÇÃO DE INDÉBITO, DUPLICIDADE, ALÍQUOTA, ITBI, ILEGALIDADE, TRIBUTAÇÃO, CESSÃO DE DIREITO, PROMESSA DE COMPRA E VENDA, IMÓVEL

2.2. ESCRITURA DEFINITIVA DE COMPRA E VENDA COMO TÍTULO HÁBIL À TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE PELO REGISTRO

Inconcebível, assim, o entendimento de pretender fixar como fato gerador do ITBI a quitação do preço acordado na promessa de compra e venda, sequer registrada.

Geralmente o ente tributante invoca como fundamento para sustentar sua tese (a) a natureza compulsória do tributo (art. 3º do CTN), a afastar o entendimento que reputa necessária, à ocorrência do fato gerador do ITBI, a transcrição no registro imobiliário, visto que inexistente prazo para a sua efetivação, e (b) a inclusão, no dispositivo constitucional (art. 156, II), da expressão “a qualquer título”, que seria inócua.

3. SENTIDO DA EXPRESSÃO “CESSÃO DE DIREITOS A SUA AQUISIÇÃO” (ART. 156, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Cabe ainda se analisar a possibilidade de inclusão na expressão “cessão de direitos a sua aquisição”, constante no art. 156, II, da Constituição Federal de 1988, da promessa de compra e venda, com quitação de preço, não registrada.

A resposta é negativa, porque, mesmo socorrendo-se do disposto no Decreto-lei 58/36 ou na Lei nº 6.766/79 e da corrente minoritária, para

configurar-se o denominado direito real de aquisição, impõe-se que a promessa de compra e venda esteja registrada, hipótese não referida na lei sob comento.

Cabe ressaltar que o aludido dispositivo da Constituição de 1988 apenas reproduziu a redação do art. 23, inciso I, da Constituição Federal de 1967, cuja competência para instituição do tributo era outorgada aos Estados e ao Distrito Federal, consoante se transcreve:

Art. 23. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I – transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza e acessão física e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como sobre a cessão de direitos a sua aquisição.

Assim, o referido inciso II do art. 156 da Constituição Federal, de que se valem os Municípios com competência constitucional para instituir o ITBI e antecipar o fato gerador do imposto de transmissão de bens imóveis, compelindo compulsoriamente o contribuinte ao pagamento do tributo, na promessa de compra e venda e na cessão de direitos, sob pena de multa vultosa, na verdade, foi mera reprodução do art. 23, inciso I, da Constituição Federal de 1967, cujo tema já fora tratado e decidido pelo Supremo Tribunal Federal, como será comentado adiante.

Poder-se-ia questionar o entendimento de que a promessa de compra e venda quitada e registrada constituiria direito real e, via de consequência, poderia ser considerada fato gerador do imposto de transmissão de bens imóveis. A resposta é negativa.

Nesse sentido, destaca-se célebre acórdão do Supremo Tribunal Federal, relator o Ministro Moreira Alves, cuja ementa se transcreve:

*Fato Gerador do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de direitos a ele relativos. Compromisso de Compra e Venda. O compromisso de compra e venda, no sistema jurídico brasileiro, não transmite direitos reais nem configura cessão de direitos à aquisição **deles, razão por que é inconstitucional a lei que o tenha como fato gerador de imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos.***

Representação julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade do inciso I do parágrafo único do art. 114 da Lei 7.730, de 30 de outubro de 1973, do Estado de Goiás.

Consta do voto do relator:

... Observo, por outro lado, que, mesmo com relação às promessas de compra e venda que, em decorrência do art. 5º do Decreto-Lei nº 58/36, ou da Lei nº 649/49, ou do art. 25 da Lei nº 6.766/79, são títulos para que, com o registro, se adquira o que para grande parte da doutrina é o direito real de aquisição, a aquisição deste se dá com o registro, e não com a celebração do compromisso de compra e venda, certo como é que, em nosso direito, se segue o sistema romano de aquisição de direitos reais, em que é o modo de aquisição, e não seu título, que transfere ou constitui direitos reais...

Embora o novo Código Civil, em seu art. 1.225, tenha dissipado antigas discussões doutrinárias, acrescentando ao rol dos direitos reais o compromisso de compra e venda, e o art. 1.227 tenha condicionado a aquisição dos direitos reais sobre imóveis ao registro no Cartório de Registro de Imóveis, a transmissão da propriedade ainda se opera com o registro do título hábil a transferir a propriedade, vale dizer, a escritura definitiva de compra e venda.

4. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, como já dito, decidira o tema, em acórdão paradigma da 1ª Turma, no julgamento da Representação nº 1.211-RJ, relator o Ministro Octávio Galloti, onde foi declarada inconstitucional legislação estadual do Estado do Rio de Janeiro que erigia o compromisso de compra e venda e a promessa de cessão de direitos aquisitivos em fato gerador do imposto de transmissão de bens imóveis, destacando que somente o registro da compra e venda constitui fato gerador do ITBI:

O compromisso de compra e venda e a promessa de cessão de direitos aquisitivos, dada a sua natureza de contratos preliminares no direito privado brasileiro, não constituem meios idôneos à transmissão, pelo registro, do domínio sobre o imóvel, sendo, portanto, inconstitucional a norma que os erige em fato gerador do imposto sobre a transmissão de bens imóveis e direitos a ele relativos. Apelação julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade do inciso VII, do art. 89, do Dec-Lei nº 5, de 15-3-75, com a redação do Dec-Lei nº 413, de 13-2-79, ambos do Estado do Rio de Janeiro (DJ de 5-6-87, p.11.112).

Na mesma esteira, já pacificou o Superior Tribunal, destacando-se acórdão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, da lavra da Ministra Eliana Calmon, comentado por José da Silva Pacheco,¹⁰ assim concluindo:

... Assim decidindo, atuou não só em harmonia com os precedentes do STF e STJ, como apontado, mas também em consonância com o disposto no art. 156, II, da Constituição Federal, visto que a promessa de compra de compra e venda, ainda que registrada, não configura, plenamente, transmissão de bens imóveis, mas simples compromisso de fazê-lo, não obstante obrigatório.

No mesmo diapasão, acórdão unânime da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o eminente Ministro Francisco Peçanha Martins, no RMS nº 10.650-0, julg. em 16.06.2000, publicado no **Boletim do Superior Tribunal de Justiça** nº 13.

Inexistindo fato gerador do ITBI (obrigação principal), não há que se falar em pena pecuniária, que lhe é acessória.

Nessa linha de orientação, sentença da signatária (Proc. nº 98.001.102.508-5), confirmada, por unanimidade, pela 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Ap. Cível nº 1999.001.05306), interpostos recursos extraordinário e especial; o primeiro inadmitido e o segundo admitido, mas que teve negado o seu seguimento pelo eminente Ministro José Delgado, da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, operando-se o trânsito em julgado e sendo executada a ordem mandamental.

5. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. SONEGAÇÃO FISCAL. ITBI. INOCORRÊNCIA

Extrai-se, outrossim, a relevância do tema quanto aos eventuais efeitos penais que pode sofrer o contribuinte, sob alegação de sonegação fiscal, em razão do não-recolhimento do imposto de transmissão, com instauração de inquérito policial para tal apuração, o que já foi objeto de interposição de **Habeas Corpus** junto ao Superior Tribunal de Justiça, objetivando o seu trancamento, cujo acórdão consta dos Anexos deste trabalho, com a seguinte ementa:

PENAL. HABEAS CORPUS. INQUÉRITO. TRANCAMENTO. SONEGAÇÃO FISCAL. ITBI. INOCORRÊNCIA.

¹⁰ PACHECO, José da Silva. **Boletim COAD/ADV**, Rio de Janeiro, n. 36, p. 565/568, 2000.

- *A simples promessa de cessão de direitos não gera, na concepção jurídica da Egrégia Primeira Seção, deste STJ, obrigação do pagamento do ITBI, cujo fato gerador é registro do respectivo título. Sendo assim, descabe imputar o crime de sonegação a quem porta apenas promessa de cessão de direitos.*

- *Recurso provido.*

- *Habeas corpus deferido (RHC nº 5.178/SP, Rel. Ministro William Patterson, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça).*

Merece destaque do corpo do supramencionado acórdão, a transcrição da ementa do REsp nº 1.066-RJ, in DJ de 28.03.94, p. 6.291:

IMPOSTO DE TRANSMISSÃO INTER VIVOS. FATO GERADOR. NÃO-INCIDÊNCIA SOBRE BENS OBJETO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA.

O imposto sobre transmissão de bens imóveis e direitos a eles relativos tem como fato gerador a transmissão da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis, e não simples celebração do contrato de compra e venda, ainda que irretratável e irrevogável.

Consta da fundamentação:

Ora se a Seção de Direito Público deste Tribunal, que é a competente para o exame dos feitos de natureza tributária, indica que é o registro imobiliário o fato gerador do ITBI, não pode responsabilizar criminalmente aquele que ainda não atingiu a citada fase, vale dizer, de registro da propriedade, adquirida por cessão.

CONCLUSÃO

Conclui-se, assim, quanto ao sistema jurídico brasileiro, em que a transmissão da propriedade somente se opera com a transcrição do título aquisitivo, pela inconstitucionalidade das normas que apontem como fato gerador do ITBI a quitação do preço na promessa de compra e venda.

Não deve o magistrado, no entanto, deixar de aplicar a lei inconstitucional aos casos sob seu julgamento, salvo se outra alternativa não se lhe oferecer, em homenagem ao velho princípio *beyond all reasonable doubt* (só se proclama a inconstitucionalidade da norma quando absolutamente necessária ao deslinde da causa), adotando-se a denominada interpretação conforme a Constituição. ◆

Aplicação da boa-fé objetiva nos contratos

MARCELO MENAGED

Juiz de Direito do TJ/RJ

O Planeta Terra gira sobre seu eixo constantemente, em um processo que nunca pára. Completa a cada volta um período de 24 horas, fazendo um dia. Cada dia é diferente do outro. Na Terra, graças ao processo de evolução, os seres vivos nascem, crescem e morrem, renovando a vida. Toda vida é diferente daquela que passou e, segundo Darwin, está sempre mais aprimorada ao seu meio ambiente, no processo de seleção natural.

Ao Direito também se aplica o processo evolutivo. Ele se adapta ao meio ambiente em que se situa, procurando sempre se desenvolver e justificar a sua existência conforme os seus princípios reitores. Assim é que, a cada tempo, desde a colocação do Homem em sociedade, o Direito existe procurando regular a relação dos seres humanos, de modo a manter a harmonia e a paz, evitando a guerra e a destruição.

Para tanto, se vale o Direito da força. É certo que a vontade, em grande parte, não se impõe pela razão, mas sim, pela ameaça de um mal maior. Estas idéias inspiraram Karl Marx e outros a afirmarem que o Direito é uma das expressões de dominação do povo e manutenção do Capitalismo.

Porém, afirmamos que tal não é verdade. Pelo processo de seleção natural, o Direito só impõe o seu poder coercitivo através da força para garantir a dominação da maioria (proletariado) sobre a minoria quando tal se mostra necessária para a consecução dos seus fins. Se, ao revés, tiver o Direito, para sobreviver, que impor a dominação da minoria sobre a maioria, assim o fará. Tal opção, em última análise reflete a estrita relação que tem o Direito com a Política.

Exemplo da primeira situação posta está no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)¹, o qual impõe severas restrições à minoria,

¹ A criação das relações de consumo foi feita pela Constituição da República de 1988, no artigo 5º, inciso XXXII, que trata dos direitos individuais indisponíveis e no artigo 170, inciso V, que trata da propriedade privada. Também o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina a criação de lei sobre a matéria consumerista. Estes são os fundamentos hierárquicos axiológicos da Lei 8.078, que, por ser cláusula de pedra, na forma do que determina o artigo 60, IV da Constituição, não pode ser revogado pelo Código Civil posterior.

privilegiando a maioria dos Consumidores e diminuindo, assim, os conflitos de consumo, procurando sempre gerar uma harmonia salutar no mercado. A clara opção pela parte visivelmente mais fraca tem o notável fim de pacificar a sociedade. Com isso, o Direito cumpre o seu papel evolutivo e justifica a sua existência política.

Os operadores do Direito devem ter bem fixado nas suas mentes tal papel. Não podem de forma alguma permanecer equidistantes das partes, pois esta não é a finalidade do Direito nos tempos atuais. Porém, esta visão não chega a ponto de negar o contraditório e a ampla defesa, assim como a imparcialidade inicial na lide, sob pena de negar, pela cegueira, ao fim máximo buscado em Juízo, qual seja, a realização da Justiça.

Conforme tais diretivas, traçou o Código de Defesa do Consumidor regras que se compatibilizam com a Constituição da República de 1988. O seu Capítulo II, ao tratar “da política nacional de relação de consumo”, nos apresentou uma nova forma de orientação legislativa, na qual princípios amplos são colocados, possibilitando ao Magistrado uma maior interpretação da norma conforme o caso concreto, afastando-se dos antigos métodos interpretativos, que sempre tinham como parâmetros a própria Lei. Com isto, dá a nossa sociedade mais um passo para o futuro, deixando para trás um passado de estrita ligação da decisão à Lei, conforme há tempos já decide o Direito Anglo-saxão. Porém, como ainda não estamos totalmente afastados do nosso chão (a Lei), o Código de Defesa do Consumidor traz no seu corpo diversas normas determinativas.

Cabe ainda ressaltar que, pela opção legislativa da defesa do consumidor, interferiu o Estado, excepcionalmente no mercado econômico, que na Constituição de 1988 foi entregue quase que exclusivamente à iniciativa privada². Com isto, as normas previstas na Lei 8.078 foram alçadas ao nível de normas de Ordem Pública, cuja aplicação é obrigatória e independe da vontade das partes, não podendo por estas ser afastadas. Tal característica

² A Constituição de 1988, no capítulo referente à ordem econômica, determina que tal será regida pela iniciativa privada e excepcionalmente intervirá o Poder Público, quando houver necessidade pública. Tal norma serviu de fundamento para a desestatização, ou seja, para a redução do Estado, que agora se preocupa tão-só em exercer atividades indispensáveis, tal como a Justiça e a Segurança Pública. Outras atividades, face a sua magnitude, tem seu objeto privativo do Poder Público, mas a sua execução é entregue ao particular, ficando sujeita a fiscalização e regulamentação pelo Poder Público, através de Agências. Exemplo de tal caso é o sistema de telecomunicações, hoje entregue a empresas privadas, com fiscalização e controle de preços (preço público) da ANATEL e da sociedade como um todo.

negou excepcionalmente outro dogma do Direito Privado expresso na teoria geral dos contratos, qual seja, o de que as regras podem ser livremente negociadas pelas partes (*pacta sunt servanda*).

A excepcionalidade da intervenção estatal na economia dos contratos de consumo tem amparo constitucional e nos faz notar que a Constituição de 1988 foi tão ampla que alcançou tanto direitos individuais (1ª geração) como sociais (3ª geração³), procurando de certa forma os temperar. Foi também o presente interesse público na regulamentação das relações de consumo que fez com que interferisse o Ministério Público, quando os fatos tomarem grandes proporções⁴. Tal intervenção excepciona, também a regra do artigo 82 do Código de Processo Civil, que determina situações em que deve intervir na lide o Ministério Público. Sem dúvida, o CPC tem cunho privatista e se adapta só aos direitos da primeira geração, faltando no nosso atual sistema regras processuais claras quanto à discussão em juízo dos direitos sociais⁵.

Neste ponto, é importante ressaltar que a intervenção estatal na economia dos contratos tem sofrido resistência por parte do empresariado internacional presente no Brasil através de empresas multinacionais e instituições financeiras. Alegam estas que a proteção excessiva ao consumidor restringe a sua possibilidade de lucro, assim como as suas garantias de investimento, o que acarreta a diminuição da entrada de capitais e investimentos no nosso país⁶. Em face de tal argumento, outros sustentam que o Código de Defesa do Consumidor não deve ser restringido, pois visa a criar

³ As gerações de direitos constitucionais foram tratadas de forma clara no Brasil por Paulo Bonavides. Na Itália, outro excelente autor que estuda o assunto é Norberto Bobbio. Temos ainda notáveis estudos sobre o tema na obra de José Joaquim Gomes Canotilho.

⁴ Segundo o artigo 127 da Constituição da República de 1988, o Ministério Público é essencial à função jurisdicional e atua na defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis. O artigo 129, inciso III da CF/88 dá ao Ministério Público legitimidade para apuração através do inquérito civil e a promoção de ações civis públicas, o que não afasta a legitimação de outros previstos na lei infraconstitucional, conforme o parágrafo primeiro deste artigo.

⁵ Algumas leis tentaram regular o processo quando existir interesse social. Temos como exemplo a Consolidação das Leis Trabalhistas, ao tratar do dissídio coletivo; a Lei de Ação Popular e a Lei das Ações Civis Públicas. Todas estas sofrem influência das normas processuais do Código de Defesa do Consumidor.

⁶ Tal argumento tem sido utilizado por juristas para justificar as medidas adotadas pelo Decreto Lei 911/69 e uma política que aumente as garantias dos investidores na construção civil, expressa principalmente na Lei de Alienação Fiduciária de bens imóveis.

um mercado mais saudável, esclarecendo os consumidores e procurando somente igualar as partes na relação de consumo. Assim é que se temperou a visão extremada e totalmente favorável ao consumidor, passando-se a entender que, na forma do artigo 4º, deve-se procurar equilibrar a relação entre consumidores e fornecedores.

Voltando à nova forma de descrição da norma legal, verificamos que uma destas normas abertas, que servem como princípios interpretativos genéricos⁷ para todos os casos é o artigo 4º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor. Este artigo procura a “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”. Com isto, está mais do que clara a inclusão no nosso sistema jurisdicional do princípio da boa-fé objetiva.

Tal princípio vem repetido no artigo 51, inciso IV do CDC, como norma diretiva. Já estava previsto no artigo 131 do Código Comercial, necessário para as relações comerciais. Está previsto no artigo 113 do Projeto do Código Civil e foi também descrito no artigo 157 do Código Civil Alemão (BGB).

Antes da sua previsão no CDC, eram poucos os juristas que ousavam afirmar que a boa-fé objetiva podia ser usada no nosso Sistema Jurídico, face ao apego exacerbado dos operadores brasileiros do direito à existência de norma legislativa. Concentravam-se basicamente no Rio Grande do Sul os juristas que aplicavam a boa-fé para as relações contratuais em geral. Um dos nomes mais citados é o do notável Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Dr. Ruy Rosado de Aguiar Jr.

Naquela época, o ilustre jurista afirmava que tinha que fazer um grande esforço interpretativo e doutrinário para aplicar a boa-fé, negando as regras de interpretação conforme a vontade expressa. Era difícil não aplicar o artigo 85 do Código Civil, norma genérica de interpretação, que determina-

⁷ No campo do Direito Constitucional fala-se no Pós-Positivismo e no estudo da Normatividade dos Princípios, citando-se a obra de Ronald Dworkin, **Taking rights seriously**, 1997 e Robert Alexy, **Teoría de los derechos fundamentales**, 1997, nas quais se fala em um sistema de ponderações entre princípios, os quais comportam várias regras e são alimentados pela sociedade, de forma participativa e atual.

va que nas declarações de vontade (exemplo de declaração de vontade é o contrato) atender-se-á mais à intenção do que ao sentido literal das palavras, ou mesmo dizer que a intenção não era só a de uma das partes. Precisava, antes do CDC, utilizar o artigo 1443 e 1090 do Código Civil, além do próprio artigo 131 do Código Comercial para afirmar a existência da boa-fé objetiva.

Hoje, não é mais necessário tanto esforço para justificar a interpretação dos contratos de consumo contra a vontade de uma das partes. Basta utilizar a Lei 8.078/90.

Mas e quanto aos contratos que não são de consumo?

Se forem contratos comerciais, não há problema, pois se aplica a boa-fé objetiva por força do Código Comercial. Nos demais casos, sustenta parte da doutrina que as normas previstas no Capítulo II da Lei 8.078 aplicam-se a todas as relações contratuais, sendo norma genérica posterior, que altera o Código Civil de 1916. Já outros dizem que a interpretação conforme a vontade não é interna de uma das partes, mas aquela expressa com lealdade, que se retira do que normalmente se espera nos contratos de consumo. Tal discussão perderá o sentido com a previsão da boa-fé objetiva para todas as relações contratuais, como norma genérica dos negócios jurídicos, no novo Código Civil, o que já não era sem tempo, pois só faltavam as relações civis genéricas aplicarem a boa-fé.

A título meramente ilustrativo, nos filiamos à corrente que entende que a boa-fé é uma forma de interpretação dos contratos, que mudou a forma de ver o artigo 85 do Código Civil de 1916.

Mas o que devemos entender por boa-fé objetiva?

Segundo o Dicionário eletrônico Michaelis, fé significa: “**1** Crença, crédito, convicção da existência de algum fato ou de veracidade de alguma asserção; **2** Crença nas doutrinas da religião cristã; **4**. A primeira das três virtudes da teologia; **5**. Fidelidade a compromissos e promessas; Confiança; **6**. Confirmação, prova.” e boa-fé é, segundo o **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**, Ed. Objetiva, Rio de Janeiro, 2001, p. 470, é:

“1 s.f 1 - Retidão ou pureza de intenções; sinceridade 2 convicção de agir ou portar-se com justiça e lealdade com relação a alguém, a determinados princípio etc. 3 Respeito ou fidelidade às exigências da honestidade ou do que é considerado direito; lisura 4 jur Estado de consciência de quem crê, por erro ou

*equivoco, que age com correção e em conformidade com o direito, podendo ser levado a ter seus interesses prejudicados [configura uma circunstância que a lei leva em conta para proteger o faltoso das conseqüências da irregularidade cometida.]. CF. **abofé, bofe b. contratual jur: sinceridade ao contratar (significando que as partes devem agir com idoneidade, correção e honestidade, com base de confiança recíproca). à b. 1 Com sinceridade ou honestidade; francamente. 2 Por certo, em verdade, com clareza. de b. com pureza de intenções, sem dolo; conforme com a sua consciência ou a sua noção do que é correto; francamente, bona fide GRAN pl.: boas fes [...]*** ”

Os juristas dividem esta intenção pura e sincera em subjetiva e objetiva. A subjetiva é a interna da pessoa e se dá, por exemplo, no que tange à posse para fins de usucapião. Neste caso, consiste na crença interna, real e sincera de estar na coisa como se fosse dono. Mesmo neste caso, a maioria da doutrina tem entendido que a vontade deve se embasar em justo título, qual seja, aquele capaz de gerar a crença na transmissão da propriedade, não um simples documento, pois este não convenceria ninguém da transmissão, não podendo gerar no possuidor a crença com lisura de que é dono. Com isto, a maioria da doutrina entende que o justo título para a transmissão da propriedade imóvel é a escritura pública de compra e venda, pois só esta é instrumento legal hábil a transmitir o domínio do imóvel. Porém, o mestre Santiago Dantas, em livro elaborado com as anotações tomadas através de taquigrafia, por alunos na antiga Faculdade Nacional de Direito (1942-1945) acreditava que nos meios rurais em que as pessoas possuem pouca ou quase nenhuma instrução, um simples papel poderia gerar a crença nestas de estarem no imóvel como se donos fossem, o que equivale à boa-fé⁸.

No que tange aos contratos, segundo a doutrina, a boa-fé não é interna e unipessoal, mas sim, envolta a toda a relação contratual, por isto chamada de boa-fé objetiva, em contraposição à outra. Esta corresponde a um dever de lealdade que devem ter as partes no trato do negócio jurídico, podendo o Juiz obrigá-las a cumprir deveres secundários de conduta não previstos no contrato, mas que seriam presumidamente nele incluídos pelo que normalmente ocorre em sociedade e naquele tipo de relação contratual.

⁸ Dantas, San Tiago. **Programa de Responsabilidade Civil. Teoria Geral.** Rio de Janeiro: Forense, 3ª Ed. 2001.

Esta forma de interpretação dos contratos é posta no Código Civil de 2002, no artigo 112, que alterou a forma de interpretação do negócio jurídico, fonte dos contratos. O artigo 187 do novo Código, ao tratar dos atos ilícitos, consagra a falta de boa-fé como sendo um ilícito. Pela combinação deste artigo com o 186, se dá a mais ampla indenização para a sua violação, utilizando-se, inclusive, do instituto do abuso de direito para caracterizar a má-fé como ilícito.

Doutrinariamente, fala-se que a boa-fé deve ser vista como uma regra de “viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu”, conforme já consagrada pelo Direito Romano como base para a Justiça⁹.

Deve ser analisada como um dever acessório, já que o principal é as partes cumprirem as suas obrigações, seja de entregar a coisa, pagar o preço, fazer ou deixar de fazer alguma coisa, correspondente a abstenção de atuar de forma a invalidar o negócio ou tornar impossível a sua continuação. Neste sentido, se manifesta a boa-fé objetiva durante todo o curso do contrato, gerando deveres anteriores até mesmo ao seu início, tais como as expectativas que derivam naturalmente da possibilidade de sua realização, e se estende para após a conclusão, para fazer com que possa gerar tudo o que dele se pode esperar razoavelmente.

Ao Magistrado, neste sentido, cabe declarar a existência da boa-fé, mesmo que as partes não a tenham mencionado, quando este entender que a conduta ética é fundamental para a sua realização completa. Com isto, torna público o contrato e rompe definitivamente com a liberdade de contratar, forçando a que as partes colaborem para que o contrato chegue ao seu fim correto, de forma equilibrada e justa para as partes.

Ao que se nota destas palavras, o contrato, atualmente, não pode ser analisado de forma alguma, em juízo, sem atentar para a boa-fé. Esta cláusula genérica dos negócios deve ser dissecada pelo Magistrado sempre que a lide posta versar sobre algum tipo de pacto.

De forma exemplificativa, citamos algumas decisões do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.¹⁰, em que tratou da boa-fé objetiva, ressaltando a

⁹ A expressão original está no Digesto de Ulpiano, 1.1.10.1: “*Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”. V. Luís Roberto Barroso, in “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro”, publicado na **Revista da EMERJ**, volume 4, nº 15, 2001, p. 11/47.

¹⁰ As decisões foram publicadas no livro: **Problemas de Direito Civil – Constitucional**. Coordenador Gustavo Tepedino: ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 80 a 82.

influência do Juiz na vida do contrato, alterando até mesmo o que foi determinado pelas partes, com olhos na razoabilidade:

“O contrato de singela redação não contém cláusula sobre o tema, conforme bem acentuado pelo nobre patrono do apelante, na sua sustentação oral agora produzida, isso, contudo, não impede, antes propicia o exame da matéria à luz do princípio da boa-fé.

*O princípio da boa-fé com alcance geral vigora no Brasil, apesar de não constar no nosso Código Civil dispositivo semelhante ao parágrafo 242 do BGB (Clóvis de Couto e Silva, ‘Obrigação como processo’, p. 30 e segs.). ‘No âmbito do Direito das Obrigações, é fonte de criação de especiais deveres de conduta exigíveis em cada caso, de acordo com a natureza da relação jurídica, e com a finalidade perseguida pelas partes.’ (Diez-Picasso, Prólogo à obra de Wieacker, ‘**El Principio General de la Buena Fé**, Editorial Civitas, p. 19)*

Na espécie dos autos, esses deveres especiais, acessórios ou anexos, consistiriam em impor à vendedora da pequena loja o dever de abster-se de assumir comportamento inviabilizador da normal continuidade do negócio adquirido pelo ora autor, dependente, como é sabido, do recebimento de mercadoria adequada para cada estação, previamente encomendada, pois a época da comercialização pelas indústrias é bem anterior à da venda no varejo. [...]

*Nesta mesma perspectiva, ainda há um outro argumento. Além de caber ao Juiz, na aplicação do princípio da boa-fé, determinar a existência dos deveres acessórios, não expressamente previstos, mas inerentes ao negócio e à finalidade buscada pelas partes como se viu acima, ainda se extrai dele uma máxima de conduta ético-jurídica, sobre a inadmissibilidade de comportamento contrário à boa-fé. Nesta parte, acolhe-se o princípio de **venire contra factum proprium** (Wieacker, *Ob. Cit.*, p. 60-61), como exigência da FIDES.*

Por força da lealdade a que as partes reciprocamente estão ligadas, não se permite que o comportamento prévio de uma delas, gerador de justificada expectativa, seja contrariado posteriormente, em prejuízo da outra. No caso, a ré foi auxiliar o

comprador, nos primeiros dias depois da celebração do negócio, e ali efetuou pedidos de novas mercadorias, alguns deles em seu próprio nome e fornecendo o seu CGC, apesar de já transferido o negócio (doc. de fls. 57 e 58, assinado pela ré). Quem assume esta conduta, evidencia estar autorizando os pedidos assim formalizados; não pode, logo depois, sem outra razão aparente, ordenar o seu cancelamento”.

Em outra passagem, escreve o Mestre:

“A ação de rescisão de contrato improcede, porque a compradora cumpriu substancialmente a sua obrigação, não podendo ser o atraso na última prestação causa justificadora para a resolução do negócio, assim como pretendido na inicial. O Desfazimento caracterizaria gravíssima injustiça, desatendendo a uma exigência do moderno Direito das Obrigações, onde pontifica o princípio do adimplemento substancial, segundo o qual o cumprimento próximo do resultado final exclui o direito de resolução, facultando apenas o pedido de adimplemento e o de perdas e danos; ‘mas não se permitiria o direito de resolução, se essa pretensão viesse a ferir a boa fé.’ (Prof. Clóvis do Couto e Silva, ‘Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português’, p. 56-57).

*Portanto, ainda que a compradora efetivamente tivesse voluntariamente deixado de pagar a última prestação, assim como alegado na petição inicial, e estivesse em mora ainda nesse caso, a ação improcederia, cabendo apenas à vendedora haver a reparação dos danos porventura sofridos. É preciso ficar bem claro que a parêmia **dura lex, sed lex** cedeu lugar à necessidade de decidirem-se com razoabilidade as situações em concreto, pois o compromisso maior do Estado Democrático de Direito é com a Justiça...”*

A boa-fé objetiva, por fim, é um princípio genérico dos contratos, que vem concretizado em diversas leis, tais como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e o Código Civil de 2002. Todos estes diplomas, ao nosso sentir, não são microssistemas isolados, mas sim, devem ser interpretados de forma conjunta e integrada, como um sistema que apresenta à nossa sociedade uma visão moderna dos contratos que devem ser interpretados conforme os atuais anseios sociais, cada vez mais tendentes a inter-

venção estatal. Quem determina e guia todo este sistema é a Constituição de 1988, que tem como princípios indeterminados, cuja aplicação deve ser concretizada por leis ordinárias, a igualdade substancial, razoabilidade, justiça social e dignidade da pessoa humana¹¹.

DA INEXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO:

O Código Civil de 1916 trata da inexecução das obrigações nos artigos 1056 a 1058. Nestes, impõe ao responsável pelo desfazimento do negócio o dever de indenizar, de forma ampla os danos gerados, na medida dos prejuízos aferidos. Não há neste artigo qualquer referência ao desfazimento da proposta de contratar, nem a redução dos efeitos gerados após o encerramento do contrato. Ainda impõe para o dever de indenizar a prova da culpa, o aproveitamento com o desfazimento do negócio e a inexistência de caso fortuito ou força maior.

Também previa a doutrina e a jurisprudência a possibilidade de redução do contrato. É fácil de se entender tal situação, que ocorria quando havia negócio simulado. Nestes casos, mesmo quando se falava, por exemplo, tratar-se de compra e venda, se não havia contraprestação, deveria entender-se tal contrato como sendo uma doação. O mesmo se aplicava para as locações.

Outra situação narrada com freqüência era o caso do negócio parcialmente nulo, no qual as partes pretendiam continuar o negócio na parte válida. Nestes casos, só por vontade destas é que poderia haver a redução do pactuado, valendo só na parte que sobrevivia, dando-se por anulada a inválida.

Foi neste ponto que começou a mudança de pensamento, possibilitando ao Magistrado em alguns casos, declarar subsistente o negócio em relação a parte válida, quando não afetasse todo o negócio. Isto já correspondia a uma interferência do Estado na economia privada dos contratos e se deu no Código de Defesa do Consumidor.

Porém, a evolução não parou por aí. Pensava-se na possibilidade de o Juiz não só reduzir o contrato, mas sim, o alterar de forma significativa. A boa-fé possibilita tal mudança. Por se tratar de um princípio, pode o Magistrado, como já visto, dizer que o contrato deve ser visto de determinada forma, pois é assim que a lealdade faz supor, seja em prejuízo de uma das

¹¹ Vide artigos 1º a 4º da Constituição de 1988.

partes ou de ambas, para adaptar o contrato ao seu fim social e realizar a Justiça, conforme a boa-fé. Estas alterações no contrato podem ser feitas de ofício pelo Juiz. Todas estas inovações têm por fim último a manutenção dos contratos em uma sociedade dinâmica, moderna e pluralista.

CONCLUSÃO:

Por fim, notamos que os contratos estão sofrendo grande mudança na sua interpretação. Passaram por um período individualista, na forma do que determinava o liberalismo, entraram em um momento assistencialista, em que o Estado regula e impõe regras contratuais expressas a fim de proteger a parte mais fraca e hoje caminha para um solidarismo amplo, em que se leva em conta as características individuais de cada uma das partes envolvidas, dando ampla aplicação aos direitos humanos mínimos tratados na Constituição de 1988. Para esta tarefa evolutiva dos contratos é fundamental a exata noção da boa-fé objetiva.

A implementação da nova postura determinada pela Constituição, segundo o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, foi entregue ao Magistrado. É este que, como guia, deve utilizar as prerrogativas determinadas na lei para, adentrando nos contratos, expor as individualidades reais, conforme determina a Constituição. Só assim o contrato estará cumprindo o seu papel social. ◆

Rui, os Direitos Fundamentais e o Poder Judiciário

JOSÉ EDUARDO NOBRE MATTA

Juiz Federal da 6ª VFEF/RJ e

Professor de Ciência Política e Direito Constitucional

Neoliberalismo e globalização foram as palavras de ordem do final do século XX e que prometem influenciar o mundo durante o curso do novo milênio.

Valendo-nos das lições de FRANCISCO MAURO DIAS¹, já tivemos oportunidade de afirmar em um outro estudo que “o denominado fenômeno da globalização caracteriza-se, de um lado, por um determinismo econômico imposto pelas economias cêntricas sobre aqueles países menos desenvolvidos e, de outro lado, como pano de fundo, mas não menos importante, temos a nota caracterizadora da universalização da cultura e do conhecimento. As duas características misturam-se e alimentam-se reciprocamente. São faces de uma mesma moeda. As economias cêntricas têm de impor seus valores culturais para que possam também ditar as normas econômicas”². E arrematamos nossa manifestação de então, dizendo: “com a globalização, findou-se o período de 5.000 anos de solidão, sendo certo, também, que esta põe termo a processo iniciado com o capitalismo comercial do século XVI”³.

Todavia, se podemos, bem ou mal, definir o fenômeno da globalização, ainda não conseguimos apreender com segurança o tamanho da onda globalizadora e seus reais efeitos na vida dos seres humanos e dos próprios Estados⁴.

¹ In “Intervenção Regulatória e Competitividade Internacional”, publicado na **Revista de Ciências Sociais** de junho de 1997, p. 147/148.

² In “O Espírito da Reforma Administrativa - Na Trilha da Constituição-Laboratório”, publicado na **Revista de Jurisprudência da Justiça Federal** - Seção Judiciária do Rio de Janeiro, nº 7, maio de 2000. p. 36.

³ Idem, p. 36.

⁴ ALBERTO NOGUEIRA, em sua obra **Globalização, regionalizações e tributação: a nova matriz mundial**, averba, na p. 2: “não temos sido capazes de diagnosticar com um mínimo de certeza o nível e o tamanho da atual onda globalizadora.” E continua mais adiante, na p. 7: “Estamos, sem dúvida, diante de algo ainda desconhecido, que se identifica mais pelos efeitos que pelas causas ou origem”.

O certo é que os estudiosos do tema, de maneira mais ou menos constante, têm apontado para a crueldade inerente à globalização. É o caso, por exemplo, de IGNÁCIO RAMONET, em seu **Geopolítica do Caos**⁵ ou de FÁBIO KONDER COMPARATO, em sua obra **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**.

Deveras, os fenômenos da globalização e do neoliberalismo têm levado a uma concentração de renda e de poder nunca antes imaginado. É dizer que nunca tão poucos tiveram tanto e tantos tiveram tão pouco⁶.

Descortina-se o novo milênio, assim, desafiador para a questão dos direitos fundamentais. De um lado, jamais, em toda a história da humanidade, houve tamanha consciência dos direitos do homem, com tantos textos internacionais reconhecendo uma imensa gama de direitos como sendo fundamentais e a comunidade internacional debatendo tanto em torno do assunto. Todavia, de outro turno, em tempo algum o ser humano esteve tão amesquinhado em sua humanidade, tão diminu-

⁵ Valem ser anotadas as seguintes palavras: “*Neste final de século, todos os Estados estão envolvidos no grande movimento da mundialização que torna as economias dependentes umas das outras. Os mercados financeiros tecem uma teia invisível que religa os países e, ao mesmo tempo, amarra e aprisiona os governos. Na prática, deixou de ser possível o isolamento de um Estado do resto do planeta...A extensão dos desastres ecológicos, e dos problemas levantados por eles, preocupa todos os cidadãos do planeta...O homem continua a considerar a natureza como serva, no momento em que suas pesquisas estão atingindo fronteiras essenciais. Em vez de contribuir para espalhar o bem-estar e a justiça, o saber está a serviço, quase sempre, dos detentores de poderes privilegiados...As sociedades ocidentais já não conseguem se enxergar, claramente, no espelho do futuro; parece que estão obcecadas pelo desemprego, invadidas pela incerteza, intimidadas pelo choque das novas tecnologias, perturbadas pela mundialização da economia, preocupadas com a degradação do meio ambiente e, consideravelmente, desmoralizadas por uma corrupção galopante. Além disso, a proliferação das ‘guerras étnicas’ exala nessas sociedades um mau cheiro de remorso e algo parecido com um sentimento de náusea.*”.

⁶ Confirmam-se os dados trazidos por FÁBIO KONDER COMPARATO, na obra já citada, p. 449 e 450: “*Na verdade, a dissociação da humanidade entre a minoria abastada e maioria carente acelerou-se consideravelmente após os “30 anos gloriosos”.* Em 1960, a quinta parte mais rica da população mundial dispunha de uma renda média 30 vezes superior à dos 20% mais pobres. Em 1997, essa proporção havia mais do que dobrado: 74 a 1. Entre 1990 e 1998, 50 países conheceram uma redução no índice do produto interno bruto per capita...Enquanto isso, em apenas cinco anos, de 1994 a 1999, a soma do patrimônio individual das duzentas pessoas mais opulentas do mundo mais do que duplicou, ao passar de 440 bilhões de dólares a 1.135 bilhões. Para melhor se apreciar o escândalo dessa acumulação de riqueza, registre-se que a renda total dos 582 milhões de habitantes dos países mais pobres do planeta equivale a 10% dessa cifra. Os técnicos do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento calculam que bastaria um imposto anual de 1% sobre o patrimônio daqueles duzentos nababos para custear a educação primária de todas as crianças em idade escolar do mundo inteiro.”.

ído, perante forças abstratas, as quais não entende e em relação às quais até mesmo os Estados são impotentes.

Permitimo-nos ser um pouco otimistas em relação a esta realidade paradoxal.

Se o fenômeno da globalização contemporânea, acompanhado pela onda neoliberal, apresenta vertentes cruéis, pode também auxiliar a propagação e a imposição do respeito aos direitos humanos em níveis mundiais.

Para que haja efetividade dos direitos do homem, necessário será um esforço político conjunto de nível planetário.

Internamente, como bem observa LEONARDO GRECO, devem os Estados preocupar-se em assegurar “*regras mínimas de convivência social, essenciais para que todos os cidadãos vejam respeitadas pelos demais e pelo próprio Estado a sua dignidade humana*”⁷, buscando construir “*uma nova ordem jurídica que, respeitando o pluralismo inerente à sociedade moderna, dê a todos condições iguais de encontrar a própria felicidade e de exercer amplamente a própria liberdade sem pôr em risco a felicidade e a liberdade dos demais*”⁸.

Externamente, devem os Estados esforçar-se para construir uma sociedade mundial fraterna, empenhando-se em reduzir as enormes desigualdades econômicas existentes entre as nações, como já definido há muito no preâmbulo da Carta das Nações Unidas. Ainda, devem fazer cumprir internamente os tratados internacionais sobre direitos humanos. Assim é que, como bem salientado por FÁBIO KONDER KOMPARATO⁹, o problema dos direitos humanos apresenta-se, hoje, como o principal elemento de integração do direito interno e do direito internacional, com vistas à formação da “*sociedade universal do gênero humano*”.

Demonstrando a relevância do assunto, NORBERTO BOBBIO afirma que “*o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los*”¹⁰. E continua logo a seguir: “*Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou his-*

⁷ In **O Processo de Execução**, volume I, p. 1.

⁸ Ob. cit., p. 2.

⁹ Trata-se de estudo intitulado “O papel do juiz na efetivação dos Direitos Humanos”, publicado na obra coletiva **Direitos Humanos: visões contemporâneas**.

¹⁰ In **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro, Campus, 9a. Edição, p. 24.

tóricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.”¹¹.

O tema não é novo, por certo. Direitos devem ser garantidos, assegurados. Deveras, modernas declarações há que não se satisfazem em apenas enumerar direitos, mas também em torná-los eficazes, garantindo-os¹². Do mesmo modo, as constituições costumam preocupar-se com as garantias dos direitos fundamentais que reconhecem.

Daí a clássica lição de RUI, nosso maior publicista, sobre a diferença entre direitos e garantias, cujas palavras merecem ser transcritas, *in verbis*.

*“Ora, uma coisa são **garantias constitucionaes**, outra coisa os **direitos**, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança política ou judicial. Os direitos são aspectos, manifestações da personalidade humana em sua existencia subjectiva, ou nas suas situações de relação com a sociedade, ou os indivíduos, que a compõem. As **garantias constitucionaes stricto sensu** são as solemnidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder.*

*A confusão, que irreflectidamente se faz muitas vezes entre **direitos e garantias**, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adúltera o sentido natural das palavras. Direito ‘é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar, ou não praticar certos actos’. **Garantia**, ou **segurança** de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de attentados, de occurrencia mais ou menos facil.*

...

Verdade é que também não se encontrará, na Constituição, parte, ou clausula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução ‘garantias constitucionaes’. Mas a accepção é óbvia, desde que separarmos, no texto da lei fundamental, as dis-

¹¹ Ob. cit., p. 25.

¹² MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em seu **Curso de Direito Constitucional**, lembra que: “Dentre as declarações, há que distinguir, por outro lado, as que se contentam com enumerar os direitos reconhecidos como anteriores ao Estado e superiores a ele - direitos de certo modo naturais - e as que se preocupam em acrescentar ao rol dos direitos o das garantias, em sentido estrito.”.

posições meramente declaratorias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratorias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquellas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.”¹³

JOSÉ AFONSO DA SILVA, dentre os constitucionalistas brasileiros contemporâneos, trata do assunto com especial cuidado¹⁴. Em primeiro lugar, classifica as espécies de garantias de direitos fundamentais. Divide-as em garantias gerais e garantias constitucionais. Estas últimas, subdivide-as em garantias constitucionais gerais e garantias constitucionais especiais. Todavia, sem olvidar a lição de RUI, afirma aquele autor, que, de certo modo, seriam elas também direitos: “*direitos conexos com os direitos fundamentais*”¹⁵ que visam assegurar. Nós mesmos, inspirados pela imperiosa necessidade de se assegurar efetividade aos direitos fundamentais, propusemos em ensaio intitulado “A Emenda do Judiciário: Quem garantirá as garantias?”, a fórmula “*direitos-garantias*”, tentando correlacionar os vocábulos de forma inapartável. Afirmamos, então, que a “*clássica distinção feita pelos constitucionalistas liberais entre direitos e garantias, se certa e precisa à sua época, hoje já não parece tão relevante*”. Eis que, “*não se pode mais pensar em direitos fundamentais sem os meios correspondentes e eficazes para garanti-los*”¹⁶.

Há quem distinga garantias constitucionais de remédios constitucionais¹⁷. Preferimos a posição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, que inclui os remédios constitucionais entre as por ele denominadas garantias constitucionais especiais. Assim, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o manda-

¹³ *In A Constituição e os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, p. 189 usque 194.

¹⁴ *In Curso de Direito Positivo*. O autor trata do assunto em dois momentos: na Segunda Parte, Título I, Capítulo II e Título VI, Capítulo I.

¹⁵ Ob. Cit., p. 186.

¹⁶ O artigo foi publicado, entre outras, na *Revista da EMERJ*, volume 3, nº 10. A citação está na p. 202.

¹⁷ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, sem refutar completamente serem os chamados remédios constitucionais garantias, afirma que, “*rigorosamente falando, esses remédios são a garantia das garantias, são a via judicial destinada à proteção das regras que protegem os direitos fundamentais*” (*Curso de Direito Constitucional*, p. 288).

do de injunção e o *habeas data* são garantias constitucionais. São instrumentos assecuratórios de direitos fundamentais. Possuem natureza jurídica de ação, na medida em que se consubstanciam em direito (ou poder) de fazer movimentar o Estado (Poder Judiciário) em busca da tutela do direito fundamental que se reputa aviltado.

Destarte, tendo em mente a própria natureza jurídica de ação dos chamados remédios constitucionais, bem como, de maneira geral, a função mesma das garantias constitucionais, salta aos olhos a relevância do Poder Judiciário, como o poder perante o qual estas garantias são manejadas.

Sem um Poder Judiciário forte e independente, os direitos fundamentais não podem ser efetivos, pois que estes não são suficientemente assegurados.

No mesmo ensaio já referido, tendo em mente a necessidade atual de priorizar cada vez mais as garantias dos direitos fundamentais, afirmamos que, hoje, mais do que nunca, “*sobressai-se o Poder Judiciário como o meio, o instrumento, a instituição por excelência, capaz de cumprir tal mister de garantidor dos direitos fundamentais*”¹⁸. Com efeito, de pouco adiantaria, ao lado do reconhecimento de inúmeros direitos fundamentais, criar garantias destes mesmos direitos, sem que houvesse um Poder Estatal, autônomo, independente e confiável, para aplicar tais instrumentos.

A preocupação com o fortalecimento do Poder Judiciário alcança níveis mundiais. Os organismos internacionais que cuidam da preservação dos direitos do homem atuam em três frentes: promoção, controle e garantia desses direitos¹⁹. Em cada uma dessas frentes, quer seja pela atuação dentro dos Estados, quer seja travando lutas a nível internacional, “*a preocupação foca-se sempre para o aperfeiçoamento dos controles jurisdicionais da efetividade dos direitos do homem*”²⁰.

¹⁸ *In A Emenda do Judiciário...*, p. 202.

¹⁹ BOBBIO, *in A Era dos Direitos*, p. 39.

²⁰ *In A Emenda do Judiciário...*, p. 202. Conferir BOBBIO, na obra citada, especialmente p. 40/41. Ainda, sobre o aperfeiçoamento da função jurisdicional em nível internacional, vale lembrar o Tribunal Penal Internacional. Dignas de nota as palavras de ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, em estudo intitulado “O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, p. 255, contido na obra coletiva **Tribunal Penal Internacional**, p. 255: “...*desde o seu preâmbulo, o Estatuto faz menção a uma missão de proteção às vítimas de graves atrocidades, que têm o direito a exigir justiça. Como estabelece o preâmbulo, os Estados reconhecem que, neste século, milhões de crianças, mulheres e homens têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade. E mais: reconhecem os Estados que o combate à impunidade contribui à prevenção destas atrocidades, no clássico efeito preventivo da repressão penal*”.

Assim, na imensa maioria dos povos civilizados, neste novo século, o Poder Judiciário assume de vez a função de derradeiro guardião dos direitos fundamentais e não apenas das constituições²¹. Pode-se afirmar, pois, a íntima correlação entre Poder Judiciário, direitos fundamentais e democracia.

Soam paradoxal, desta forma, as cíclicas campanhas desmoralizadoras movidas pela mídia em geral contra o Poder Judiciário. Mais incompreensíveis, ainda, são ataques que partem de outros Poderes da República, que deveriam, antes, buscar harmonia. A sociedade que se deixa tomar pela descrença no Poder Judiciário está deixando que lhe retire os derradeiros instrumentos de sua defesa. Em momentos tais, de verdadeira autofagia social, calha a lembrança da sensatez dos grandes mestres.

Lembramo-nos, assim, de RUI, nosso maior publicista. Rui, o parlamentar, o homem de Estado, o advogado, o jurista, o brasileiro, o redator da Constituição de 1891²².

EVANDRO LINS E SILVA, em conferência proferida na Academia Brasileira de Letras em 4 de agosto de 1999, é categórico sobre a relevância da obra e da luta de Rui pelos Direitos Fundamentais: “*Rui Barbosa foi, no curso de sua intensa vida política, um padroeiro da defesa dos direitos humanos. Nasceu liberal e morreu liberal*”.

EVARISTO DE MORAES FILHO, em conferência na Casa de Rui Barbosa, cujo texto depois iria integrar a introdução da edição do discurso de Rui sobre a “Questão Social e Política no Brasil”, daquela fundação, afirma:

²¹ *In A Emenda do Judiciário...*, p. 202/203.

²² O projeto da Constituição de 1891 foi elaborado por uma comissão, que ficou conhecida como a “Comissão dos Cinco”. Todavia, afirma o historiador AMÉRICO JACOBINA LACOMBE, em sua obra *À Sombra de Rui Barbosa*, p. 105: “*Este projeto não foi, porém, encaminhado à Constituinte. Refundiu-o o próprio ministério, em discussões realizadas na casa de residência de Rui Barbosa, então à praia do Flamengo...Nessas discussões, ouvidos os vários ministros, redigia Rui Barbosa o vencido nos debates e dava-lhe a forma definitiva. De modo que de sua pena saíram, de fato, todos os artigos do projeto definitivo, que foi aprovado por decreto e considerado a contribuição oficial do Governo à obra da constitucionalização do Brasil.*”. No mesmo sentido, informa ANTÔNIO BATISTA PEREIRA, in **Rui Barbosa, O Organizador da República**, p. 36: “*Rui redigira todo o projeto da Constituição, de seu próprio punho, em dois dias. A pressa era tal que o auxiliar de Rui, Rodolfo Tinoco, que foi incumbido de caligrafar de seu punho, a naquim, o texto constitucional, que devia ser apresentado a assinatura de todo o gabinete, teve de trabalhar ininterruptamente durante 19 horas. Ao acabar a tarefa, teve que ser carregado, pois nem se podia erguer da cadeira, com os músculos contraídos e retesados por aquela posição forçada durante tão longo tempo. Temos, pois, que Rui foi o autor do decreto do banimento do Imperador, do decreto da Liberdade de Cultos e da Constituição. Felizmente os autógrafos dos três grandes documentos existem. Os que negarem que são de autoria intelectual e material de Rui terão de negar-lhes a existência.*”

*“Como é sabido, desde a mais tenra idade, Rui foi educado por seu pai segundo a cartilha do liberalismo americano, francês e inglês da primeira metade do século XIX que, como no apólogo de Diógenes, pedia ao Estado somente que se ausentasse e não lhe fizesse sombra, Os seus ideais supremos eram a liberdade e a democracia, mas ambas baseadas no indivíduo.”*²³

Aliás, é de Rui uma das mais completas e elegantes conceituações de direito individual:

*“Da locução direitos individuais temos a definição nas mesmas palavras, que a compõem. Direitos individuais corresponde a direitos do indivíduo. São os direitos inerentes à individualidade humana ou à individualidade social: direitos fundamentais, ou constitucionais; direitos da pessoa, ou do cidadão; direitos que não resultam da vontade particular, por atos, ou contratos, mas da nossa própria existência na espécie, na sociedade e no Estado...Eis o que vêm a ser direitos individuais. São os que existem no indivíduo como emanção da sua personalidade, nativa ou social: os direitos primários, os direitos inerentes à sua entidade, os direitos constitucionais, aqueles de onde provêm os outros: os direitos de aquisição, os com que no comércio da vida o homem alarga a sua esfera de ação, o valor do seu patrimônio, o exercício das suas faculdades”*²⁴.

Mas sendo liberal, não cuidou Rui de defender apenas os direitos individuais (de primeira geração). Homem de seu tempo, não ficou insensível aos reclames sociais que se avolumaram desde os primeiros momentos do século XX.

Com efeito, greves se sucediam nas grandes cidades brasileiras, como Rio de Janeiro e São Paulo, já na primeira década do século passado. Como lembra EVARISTO DE MORAES FILHO em sua já referida introdução, *“os anos de 1917 e 1918 - e, logo depois, o ano mesmo da conferência, 1919 - viram eclodir no Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre as maiores paradas de trabalho da sua história. Só um exemplo basta: a 18 de novembro de 1918, declaram-se em greve os tecelões no Rio de*

²³ Introdução à edição do discurso de Rui “A Questão Social e Política no Brasil”, p. XI.

²⁴ In “República: Teoria e Prática: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na Primeira Constituição Republicana - Que vêm a ser direitos individuais”, p. 90/92.

*Janeiro, com adesão imediata dos operários em construção civil e metalúrgicos. Falou-se em greve geral e em **putsh** anarquista. Com os operários concentrados em São Cristóvão, houve o confronto com as forças policiais e com uma unidade do Exército, de cavalaria, sediada próximo ao local”.*²⁵

Também sentiu Rui o abalo provocado pela Revolução Russa de 1917, bem como recebeu os ecos das Constituições do México, de 1917, e da de Weimar, de 1919, prenes de direitos sociais reconhecidos.

Assim é que em sua famosa conferência de 1919, afirmou o grande brasileiro o seguinte:

“A concepção individualista dos direitos humanos tem evoluído rapidamente, com os tremendos sucessos deste século, para uma transformação incomensurável nas noções jurídicas do individualismo restringidas agora por uma extensão, cada vez maior, dos direitos sociais. Já se não vê na sociedade um mero agregado, uma justaposição de unidades individuais, acasteladas cada qual no seu direito intratável, mas uma entidade naturalmente orgânica, em que a esfera do indivíduo tem por limites inevitáveis, de todos os lados, a coletividade. O direito vai cedendo à moral, o indivíduo à associação, o egoísmo à solidariedade humana. Estou senhores, com a democracia social.”

Mas é na defesa do Poder Judiciário que Rui supera todos os publicistas pátrios, demonstrando uma firme confiança em suas estruturas e na coragem dos magistrados. Confirmam-se:

“Mas os elementos facciosos, que se fizeram senhores do Estado, e exploram, como vasta comandita, as aparências restantes do regímen, adulterado nas suas condições mais necessárias, mutilado nos seus órgãos mais nobres, prostituído nas funções mais vitais, sentem o obstáculo invencível, que às aventuras do mandonismo, do caudilhismo, do militarismo opõe uma justiça entrincheirada solidamente nas prerrogativas da justiça americana; e compreendem que, para acabar com os últimos remanescentes da legalidade no domínio político e civil, eleitoral e parlamentar, administrativo e financeiro, para transformar absolutamente a República num governo de privilégios, abusos e

²⁵ Ob. cit., p. XXIV.

castas, lhes cumpre dar àquela instituição um combate de extermínio, abrir contra ela uma campanha inexorável, só a largar de mão depois de reduzida a um poder subalterno, desmedulado e caduco...Com esse intuito sitiaram a cidadela ameaçada, e lhe apertaram os aproches, assestando contra ela as mais formidáveis baterias da força, ao mesmo tempo que lhe solapam os fundamentos com as minas de uma sofisteria desabusada...Dessa guerra sem escrúpulos, a tática principal tem consistido, sobretudo nestes últimos quatro anos, em negarem abertamente obediência o Governo e o Congresso às mais altas sentenças judiciais, com pretexto de que o Supremo Tribunal exorbita, prevarica, usurpa; e, para coonestar essa rebeldia mascarada em amor da legalidade, a exceção dos casos políticos, oposta, na jurisprudência dos Estados Unidos, à competência que a Suprema Corte ali exerce, de negar execução às leis inconstitucionais, tem ministrado aos Congressos e Governos insurgidos a evasiva que havia mister esse movimento de anarquia radicalmente subversiva”²⁶.

E continua Rui em sua defesa do Judiciário, agora parafraseando

HAMILTON:

“A investida reacionária de nulificação da justiça, que se esboça no grandioso projeto de castração do Supremo Tribunal Federal, tem por grito de guerra, conclamando em brados trovejantes, a necessidade, cuja impressão abrasa os peitos à generosa corte, de por fim ao edifício republicano da ditadura jurídica. É a ditadura dos tribunais a que enfia de temor as boas almas dos nossos puritanos. Santa gente, que afinado que lhes vai aos lábios, onde se tem achado escusas para todas as ditaduras da força, esse escarcéu contra a ditadura da justiça!...Os tribunais não usam espadas. Os tribunais não dispõem de Tesouro. Os tribunais não nomeiam funcionários. Os tribunais não escolhem Deputados e Senadores. Os tribunais não fazem Ministros, não distribuem candidaturas, não elegem e deselegem Presidentes. Os tribunais não comandam milícias, exércitos, es-

²⁶ *In Commentários à Constituição Federal Brasileira*. Coligidos por HOMERO PIRES, volume IV, Livraria Acadêmica, p. 11/12.

quadras. Mas é dos tribunais que se temem e tremem os sacerdotes da imaculabilidade republicana."²⁷.

Especificamente sobre as funções do Poder Judiciário como o derradeiro garantidor dos direitos do homem e da constituição, merecem destaque, pela grandeza e eloquência, suas esperançosas palavras na seguinte passagem:

“Ainda espero que os juízes de minha terra não ficarão abaixo de seu papel providencial. Conto que, ao menos no terreno da justiça civil, salvaremos os direitos constitucionais deste caos de vontades prepotentes; porque ‘quando o arbítrio fere sem escrúpulo os homens, que se lhe tornam suspeitos, não é só um indivíduo que ele persegue: é a nação inteira que principia por indignar, e acaba por desagradar’. Se os tribunais, pela jurisprudência de seus arestos, não refrearem os maus instintos de nosso partidarismo, habituando-o a reconhecer no pacto federal uma lei superior aos legisladores, na soberania do povo um princípio que não se confunde com o império dos governos e das assembleias, educando-o no sentimento de que as Constituições não se fazem menos para as épocas tempestuosas do que para os tempos ordinários, de que não há emergência capaz de justificar o uso de poderes não permitidos, não tardará muito em vermos a obra auspiciosa de 1889 e 1890 nivelada ao qualificativo de Burke sobre a Constituição francesa de 1793: um digesto de anarquia...De nada serviria ao povo que suas instituições baixassem do céu, ou diretamente plantadas por mãos divinas, se a terra, onde caem não fosse capaz de produzir a inteireza de ânimo e a coragem do dever, para as executar. O espírito do estadista constrói as garantias; mas se não houver homens no meneio da máquina, “quem garantirá as garantias?”²⁸.

Por derradeiro, não se pode encerrar o presente ensaio, estando nós a tratar de Direitos Fundamentais e do Poder Judiciário, sem rememorar os conselhos do grande jurista aos formando da turma de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo, especificamente para aqueles que abraçariam um dia a carreira da magistratura. Conselhos que bem demonstram seu respeito e o carinho para com o Poder Judiciário e seus integrantes.

²⁷ *In Commentarios* ..., p. 15.

²⁸ *In A Constituição e Os Actos Inconstitucionaes...*, p. 255/258.

“Não tergiverseis com as vossas responsabilidades, por mais atribuições que vos imponham, e mais perigos a que vos exponham. Nem receies soberanias da terra: nem a do povo, nem a do poder. O povo é uma torrente, que rara vez se não deixa conter por ações magnânimas. A intrepidez do juiz, como a bravura do soldado, o arrebatam e fascinam. Os governos investem contra a justiça, provocam e desrespeitam a tribunais; mas por mais que lhes espumem contra as sentenças, quando justas, não terão, por muito tempo, a cabeça erguida em ameaça ou desobediência diante dos magistrados, que os enfremem com dignidade e firmeza. Os presidentes de certas repúblicas são, às vezes, mais intolerantes com os magistrados, quando lhes resistem, como devem, do que os antigos monarcas absolutos. Mas, se os chefes das democracias de tal jaez se esquecem do seu lugar, até o extremo de se haverem, quando lhes pica o orgulho, com os juízes vitalícios e inamovíveis de hoje, como se haveriam com os ouvidores de desembargadores del-Rei Nosso Senhor, frágeis instrumentos nas mãos de déspotas coroados - cumpre aos amesquinados pela jactância dessas rebeldias ter em mente que instituindo-os em guardas da Constituição contra os legisladores e da lei contra os governos, esses pactos de liberdade não os revestiram de prerrogativas ultramajestáticas, senão para que a sua autoridade não torça às exigências de nenhuma postetade humana”²⁹.

Que o escólio de Rui inspire não só os profissionais da lei, mas todo aquele que espera no Direito o amadurecimento de uma ordem jurídica e social eminentemente democrática e, mais que tudo, torne a ecoar no Senado Federal, neste momento de retomada das discussões da chamada Emenda do Judiciário. ◆

²⁹In *Oração aos Moços*, p. 43

Assédio Sexual na Empresa

JOSÉ GERALDO DA FONSECA

Juiz do Trabalho

INTRODUÇÃO

Segundo pesquisa da Organização Internacional do Trabalho¹, cerca de 52% das trabalhadoras brasileiras já sofreram assédio sexual nos locais de trabalho. O Brasil não tem estatística confiável dos casos de assédio sexual nas empresas. Até onde se sabe, em 90% dos casos, o assédio parte dos homens sobre as mulheres; em apenas 1%, o inverso. Dos casos relatados, em 9% o assédio se deu entre pessoas do mesmo sexo. Em 80% dos casos de assédio nas empresas o autor é um superior hierárquico².

Em 15 de maio deste ano, entrou em vigor a Lei nº 10.224, que acrescentou ao Código Penal o *art. 216-A*, tipificando o “*assédio sexual*” como crime que sujeita seu autor a pena de detenção de um a dois anos. Essa nova figura penal, porque ligada diretamente ao ambiente de trabalho e pressupondo como agentes ativos e passivos empregados e seus superiores interessa ao direito do trabalho, às empresas e aos advogados em geral.

O QUE É ASSÉDIO SEXUAL?

1. A expressão “assédio sexual” foi cunhada em meados dos anos 70 por pesquisadores da Universidade de Cornell. Resume a ação do superior hierárquico sobre o subordinado, de qualquer sexo, com conotação lasciva. Por assédio sexual se deve entender a investida não consentida de uma pessoa sobre a outra, com conotação sexual, sob ameaça real ou presumida de que a recusa desencadeie sobre a vítima uma retaliação de qualquer ordem, funcional ou econômica.

¹ Jornal **O Globo** de 29/3/2001.

² Cf. JOSÉ PASTORE e LUIZ CARLOS AMORIM ROBORTELLA. **O Jornal da Tarde**, 22/9/97.

DIFERENÇA ENTRE ASSÉDIO E CANTADA

2. O que distingue o assédio da cantada é a *chantagem*³. Cantadas são jogos bilaterais de sedução em que prevalecem os olhares lânguidos, docemente matreiros, os gestos, as palavras, os sons, silêncios, toques físicos sutis, insinuações consentidas. Nelas, nem de longe há intenção de chantagem, de incutir na outra um temor de qualquer ordem. Não há promessas nem medos. O assédio sexual, não. Embute sempre uma conduta que o destinatário reprovava, uma proposta que o assediado declaradamente recusa e traz, implícito, o medo potencial de uma retaliação imediata ou futura. O assediador quer obter por meio de um tipo qualquer de chantagem um favor sexual que o assediado voluntariamente não se propõe a prestar. Trata-se, em suma, de “*uma ação unilateral e assimétrica*”⁴ de quem assedia.

TIPOS DE ASSÉDIO

3. Não há em qualquer lei brasileira enumeração, ainda que exemplificativa, dos tipos de assédio sexual no local de trabalho. O Comitê de Especialistas na Aplicação de Recomendações e Convenções da Organização Internacional do Trabalho⁵ listou exemplos de assédio sexual no local de trabalho de que podem ser vítimas homens e mulheres, aí incluindo “*insultos, observações, piadas, insinuações e comentários impróprios sobre vestimenta, estado físico, idade ou situação familiar, uma atitude condescendente ou paternalista que represente ataque à dignidade, convites ou pedidos sem mútuo consentimento, implícitos ou explícitos, acompanhados ou não de ameaças, atitudes lascivas ou gestos associados à sexualidade, contatos físicos desnecessários tais como carícias, beliscões ou ataques físicos ou verbais*”⁶. O assédio também pode

³ *Chantagem*, do francês “*chantage*”, é o “*ato de extorquir dinheiro, favores ou vantagens a alguém sob ameaça de revelações escandalosas, ou secretas*”, cf. **Dicionário Aurélio Eletrônico**, ed. 2000.

⁴ Cf. PASTORE e ROBORTELLA, *loc. et op. cit.*

⁵ Em seu documento “*Exame Geral sobre a Discriminação no Trabalho*”, de 1988

⁶ Cf. “*Linhas Gerais sobre Desenvolvimentos Recentes em Questões de Igualdade no Emprego para Juízes de Cortes Trabalhistas e Assessores*”, de Jane Hodges-Aeberhard, publicação da Organização Internacional do Trabalho, p.15.

tipificar-se na moldura de um ambiente hostil de trabalho, “*como a repetição de piadas com conteúdo sexual, conversas que envolvam partes genitais do corpo da empregada, posters com imagens ofensivas envolvendo sexo ou nudez etc*”⁷.

A LEI Nº 10.224/2001 E A CRIMINALIZAÇÃO DO ASSÉDIO

4. Segundo o art. 216-A do Código Penal, pela redação da Lei nº 10.224/2001, assédio sexual é “*constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes a exercício de emprego, cargo ou função*”. Não há consenso entre os estudiosos sobre a oportunidade e a utilidade dessa lei. Para uns, a lei é vaga, imprecisa, lacunosa, abrindo brecha para a chicana e o conluio entre o assediador e o assediado como forma de extorquir dinheiro da empresa, além do que, a nova figura penal seria desnecessária porque o constrangimento ilegal, já previsto no Código Penal, é gênero de crimes do qual o assédio sexual seria mera espécie. Para outros, a criminalização do assédio sexual transforma uma questão doméstica num caso de polícia, expondo desnecessariamente a parte assediada à imolação e ao escárnio, além de não prever nenhuma indenização que amenize a dor moral da vítima.

Por último, há quem veja nessa nova lei um meio ainda que tênue de diminuir a hostilidade entre patrões e empregados e um sincero avanço nas relações de trabalho. Embora a Lei nº 10.224/2001 não restrinja o assédio ao ambiente de trabalho, podendo ocorrer fora dele, deixa claro que a investida deve partir do superior hierárquico (gerente, chefe, supervisor etc) ou do próprio patrão. Exclui de sua abrangência aqueles casos de assédio do subordinado ao superior, do assédio entre empregados de mesma hierarquia ou do assédio de clientes a empregados e vice-versa, hipóteses comuns no relacionamento entre pessoas e empresas. A expressão “constranger” está nos arts. 213 e 214 do Código Penal para definir estupro e atentado violento ao pudor. Nos dois crimes, a locução resume o ato pelo qual uma pessoa obriga a outra a fazer o que não quer ou não fazer o que quer. No assédio sexual, o constrangimento não está apenas no obrigar a fazer, mas na ameaça declarada ou velada de impor à vítima um prejuízo, uma retaliação, um

⁷ Cf. DEBORAH R. SROUR. **Assédio Sexual**. Ver. Consultor Jurídico, 7/5/2001(www.jusdicere.com.br).

dano, que tanto pode ser um cancelamento de aumento de salário ou de uma promoção, uma transferência de unidade ou posto, um rebaixamento funcional ou, pior que isso, a perda do emprego, com ou sem justa causa.

A RESPONSABILIDADE DA EMPRESA

5. O patrão responde *objetivamente* pelo assédio sexual ao empregado, o que aumenta o risco de um conluio entre o assediador e o assediado para obter da empresa uma indenização que, outra hipótese, não seria devida. O assédio constitui falta grave para a rescisão do contrato de trabalho, por justa causa⁸, da mesma forma que o empregado assediado pode rescindir indiretamente o contrato de trabalho, por falta grave imputável ao patrão⁹, e cumular pedido de indenização das verbas de natureza trabalhistas com dano moral. O conceito de falta grave não é unívoco. Falta grave é toda aquela que quebra a fidedignidade (confiança) entre as partes no contrato de trabalho¹⁰.

ASSÉDIO SEXUAL E DANO MORAL

6. Abstráida a questão criminal, o assédio sexual causa à vítima um dano moral. *Dano* (de *damnum*), em sentido literal, é qualquer mal ou ofensa pessoal, perda, prejuízo, nocividade ou deterioração de bens ou coisas pertencentes a outrem¹¹; em sentido *lato*, é qualquer prejuízo que se causa a uma pessoa (natural, formal ou jurídica), na sua alma, corpo ou bens¹². *Moral* deriva do latim *mores* (relativo aos costumes). O dano *material* diz respeito ao *ter*; o *moral*, ao *ser*. Há duas teorias sobre o dano: a da

⁸ CLT, art. 482, letras “b” e “j”.

⁹ CLT, art. 483, “e”.

¹⁰ Cf. BORTOLOTTO. *Diritto del Lavoro*. Padova, Cedam, p. 400.

¹¹ FREIRE, Laudelino. *Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª edição. Livraria José Olympio Editora, v. II. Rio de Janeiro, 1954; BUENO, Silveira *Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa*. Ed. Saraiva, 2º v., 2ª tiragem. São Paulo, 1968; AULETTE, Caldas. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. Ed. Delta S/A. Rio de Janeiro, II v., 1958.

¹² ALVIM, *op. et p. cit.*, apoiando-se em FISCHER, ensina que dano, “...em sentido amplo, é todo prejuízo que alguém sofre na sua alma, corpo ou bens”; ampliamos o conceito para deixar claro que pode haver dano moral também às pessoas jurídicas e às formais (espólio, massa falida, heranças jacente e vacante etc), e não apenas às *naturais*, como é corrente ler-se em doutrina.

diferença (*differenztheorie*) e a do *interesse*. Para a *differenztheorie*, dano é a diferença entre a situação patrimonial antes e depois do evento; para teoria do *interesse*, dano é toda lesão a um interesse juridicamente protegido. A objeção que se faz à primeira (*differenztheorie*) é a de não responder a hipóteses dos danos morais (*extrapatrimoniais*), dos lucros cessantes e da reposição *in natura*. MINOZZI diz que dano é a *diminuição ou subtração de um bem jurídico*; ENNECERUS, que é *toda desvantagem experimentada em nossos bens jurídicos*¹³. ALVIM, tomando lição a GIOVANNI FORMICA, explica que *por bem jurídico* se deve entender o conjunto de valores juridicamente protegidos e que integram o patrimônio pessoal de qualquer pessoa, aí incluídos, além do patrimônio em si, os atributos inalienáveis (honra, saúde, nome, vida, corpo, privacidade, intimidade, crédito, bem-estar, nome comercial, liberdade de opção ideológica, religiosa, sexual, de ir, vir, permanecer, opinar, expressar-se, exercer trabalho lícito etc). A Justiça do Trabalho é competente para julgar dano moral decorrente de assédio sexual¹⁴. As indenizações não são tarifadas e ficam exclusivamente a critério do juiz.

POSIÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

7. É escassa a jurisprudência sobre assédio sexual na Justiça do Trabalho. Atentos à função social da empresa e à teoria da culpa objetiva do empregador, os juízes trabalhistas tendem a atribuir ao patrão a responsabilidade pela indenização dos casos de dano moral por assédio sexual (culpa *in vigilando*, *in diligendo* ou *in contrahendo*), quando o agente é outro empregado, a avaliar a falta patronal com base nas letras “e” do art. 483 e “b” e “j” do art. 482 da CLT e a fixar a indenização por dano moral segundo o binômio necessidade da vítima e possibilidade do ofensor¹⁵. O sentido da

¹³ ENNECERUS, *apud* Agostinho ALVIM, *op. et p. cit.*

¹⁴ CF/88, art. 5º, XLV.

¹⁵ Sobre o ponto, remeto o leitor ao meu livro **Como Redigir a Petição Inicial da Ação Trabalhista de Rito Sumaríssimo**, Forense, Rio, 1ª ed., 2000.

indenização não é fixar um preço para a dor, mas impor ao ofensor uma pena pecuniária de tal sorte que, sem ser iníqua, ou extorsiva, o desestime de reincidir nesse desiderato. A partir da edição da Lei nº 10.224/2001, os casos de assédio sexual trazidos ao processo do trabalho deverão ser obrigatoriamente comunicados ao Ministério Público¹⁶. ◆

¹⁶ CPP, art. 40.

Algumas Impropropriedades do Denominado “Novo” Código Civil

CLÁUDIO CALO SOUZA

Promotor de Justiça/RJ

Professor da FGV, da FEMPERJ e da EMERJ

I- INTRODUÇÃO

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que, entre os operadores do direito, está sendo mais conhecida como o “Novo” Código Civil, apesar de “nova” revoga várias leis, inclusive, a primeira parte da Lei nº 556/1850 (Código Comercial).

Não há dúvida de que em pleno século XXI a Lei nº 10.406 retrata a falta de visão e capacidade jurídica do Poder Legislativo, vez que dá ensejo a várias incongruências, a começar pelo fato de o direito empresarial e cambiário (parte geral) constar no Código Civil. Será que o legislador procurou a difícil unificação do direito privado? Qual a finalidade desta disciplina? Será que para o direito brasileiro adotar a teoria da empresa deveria esta estar disciplinada no Código Civil? Não seria melhor uma reforma total no Código Comercial do século XIX?

Bom, certo é que o “Novo Código Civil” deixa de enfrentar algumas questões bastantes controvertidas na doutrina e na jurisprudência e, às vezes, acaba optando pela posição menos aconselhável.

II - INCONGRUÊNCIAS

II.1- SITUAÇÃO DO MENOR

Até então, em razão do disposto no artigo 9º, parágrafo único, do Código Civil de 1916, a menoridade civil cessava aos 21 (vinte e um) anos completos, sendo uma das hipóteses de o menor emancipar-se o fato de o mesmo estabelecer-se comercialmente com economia própria, havendo controvérsia sobre o limite etário mínimo, ou seja, se a partir dos dezesseis anos ou dezoito anos. Neste contexto, levando-se em consideração o art. 3º, inciso

II, do Decreto-lei nº 7.661/1945, que admite a falência do menor desde que tenha mais de dezoito anos, e a maioridade penal, que começa aos dezoito anos, filiamo-nos à posição que defende o limite etário mínimo de dezoito anos, com fundamento em uma interpretação sistemática.

A questão torna-se problemática no momento em que o ‘Novo Código Civil’, no artigo 5º, altera a maioridade civil para dezoito anos de idade completos, sendo que no parágrafo único, inciso V, passa admitir expressamente a emancipação do menor, desde que devidamente estabelecido comercialmente, tenha economia própria e *dezesseis anos de idade completos*.

Desta forma, poderíamos concluir que o legislador civilista, sem analisar a atual lei de falências (art. 3º, inciso II, do Decreto-Lei nº 7.661/1945), passou a admitir a emancipação aos dezesseis anos? E em sendo positiva a resposta, a falência poderá ser decretada?

Não há dúvidas de que urge que a lei de falências seja reformada, valendo registrar que está em tramitação no Poder Legislativo um projeto de lei de falências e concordatas, que já foi chamado de projeto de lei de liquidação judicial e recuperação. Mesmo que torne-se lei, de toda sorte haverá uma incongruência do “Novo Código Civil” com o Código Penal, vez que, mesmo que o menor venha a emancipar-se com dezesseis anos de idade e seja admissível o decreto falimentar, ainda assim, em eventual cometimento de crime falimentar, este menor emancipado não poderá ser responsabilizado criminalmente, diante do critério biológico adotado quanto à menoridade penal.

Nesta linha de raciocínio, o menor emancipado pela atividade empresarial aos dezesseis anos terá capacidade civil plena, capacidade falimentar, mas, penalmente, será inimputável. E se o menor der um “rombo” no mercado? Nada sofrerá ou responderá à processo socioeducativo junto ao r. Juízo da Infância e da Juventude?

Ora, das duas uma, ou se altera o “Novo Código Civil” ou terá que ser alterada a maioridade penal!

Ainda sobre a questão do menor, o “Novo Código Civil” deixou de analisar a possibilidade de o menor poder ser sócio de uma sociedade, ressaltando que, atualmente, a questão é controvertida na doutrina e na jurisprudência no tocante às sociedades limitadas. Já no tocante às sociedades reguladas no Código Comercial, este diploma legal veda expressamente no artigo 308 a participação do menor como sócio da sociedade.

Mas, e com o “Novo Código Civil”? Da mesma forma que o Código Civil de 1916, o novel diploma legislativo, no artigo 104, preceitua que, como um dos requisitos de validade do negócio jurídico, no caso o contrato social, tem-se a capacidade do agente, fazendo crer que o menor não emancipado, por ser incapaz, não poderá ser sócio de sociedade. No entanto, aquela controvérsia, apesar dos longos anos, continuará subsistindo no século XXI, até porque o Código Civil de 1916 também exigia agente capaz para o contrato ser válido (art. 81) e, mesmo assim, tem-se a divergência doutrinária e jurisprudencial.

II.2- MOMENTO DA AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Antes da entrada em vigor do “Novo Código Civil, havia controvérsia quanto a aquisição da personalidade jurídica pela sociedade comercial, predominando o entendimento de que tal ocorria com o devido arquivamento do ato constitutivo na junta empresarial (arts. 16 e 18, ambos do Código Civil de 1916). No entanto, há quem defenda que com a simples constituição já há a aquisição da personalidade jurídica, sendo que o registro é importante para que a sociedade possa funcionar de forma regular.

Após décadas, esta controvérsia continuará sendo atual, mesmo após janeiro de 2003, vez que o artigo 985 do “Novo Código Civil”, de forma expressa, dispõe que a sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos, além do mais, o artigo 45 do mesmo diploma legal, de forma categórica, preceitua que a existência legal das sociedades privadas começa com a inscrição. Portanto, tal diploma legal faz crer, aparentemente, que a personalidade jurídica é adquirida com o registro.

No entanto, o próprio legislador civilista, quando dispõe sobre as sociedades em comum (leia-se irregulares ou de fato) no artigo 990, de forma também categórica, preceitua que os sócios destas sociedades têm responsabilidade solidária e ilimitada, sendo que está excluído do benefício de ordem. Em outras palavras, não possuirá responsabilidade subsidiária apenas aquele sócio que contratou pela sociedade, apresentando-a. Em sendo assim, os demais sócios que não contrataram pela sociedade terão responsabilidade subsidiária, o que significa dizer que os credores da sociedade deverão executar primeiramente o patrimônio desta e, se for o caso, executarão, de forma ilimitada, os bens dos sócios. Há, portanto, benefício de excussão, o

que evidencia a existência de autonomia patrimonial, isto é, o patrimônio da sociedade não se confunde com os patrimônios dos sócios, salvo o do sócio que contratou pela sociedade. Assim, objetivamente, o legislador civilista acabou acolhendo a teoria da personalidade jurídica, prevista no artigo 20 do Código Civil de 1916.

Portanto, apesar de o “Novo Código Civil” procurar fazer crer que as sociedades em comum são despersonalizadas, pois exige o registro para a aquisição da personalidade jurídica e acaba por tratá-las no capítulo “Da Sociedade Não Personalizada”, admite a autonomia patrimonial, que é o substrato da teoria da personificação.

Ademais, no tocante à sociedade em conta de participação, que é uma sociedade sem personalidade jurídica, o próprio “Novo Código Civil”, no artigo 993, admite que a mesma possa ser registrada, mas preceitua que tal registro não irá conferir personalidade jurídica.

Conclui-se, assim, que a controvérsia subsistirá em pleno século XXI!

II.3- INALIENABILIDADE DO NOME EMPRESARIAL

O nome empresarial é o elemento de identificação do empresário individual ou coletivo, que admite duas espécies, quais sejam: firma ou denominação.

Nosso ordenamento jurídico, de forma expressa, no artigo 34 da Lei nº 8.934/1994, acolheu o sistema da autenticidade ou veracidade das firmas, em que, para formar a firma individual ou coletiva, deve-se observar o nome da pessoa natural (empresário individual) ou dos sócios (sociedade empresária). Do contrário, o nome será inautêntico.

Já com relação à denominação, que identifica a sociedade anônima e pode identificar as sociedades por quotas de responsabilidade limitada (ou simplesmente limitada) e as sociedades em comandita por ações, não se adota o sistema da autenticidade. Em sendo assim, se for transferida uma sociedade, esta poderá continuar com a mesma denominação, não havendo óbice na alienação da denominação, até porque não há que se cogitar de autenticidade nem, muito menos de caráter personalíssimo.

No entanto, o “Novo Código Civil”, nos arts. 1.115 ao 1.168, resolveu disciplinar o nome empresarial, sendo que no artigo 1.155, de forma clara e abrangente, preceitua que o “nome empresarial” pode ser firma ou denomi-

nação, sendo que no art. 1.164, de forma cristalina, preceitua que o “*nome empresarial* não pode ser objeto de alienação” (grifei).

Ora, deve-se compatibilizar tal dispositivo com o sistema da autenticidade das firmas, devendo-se indagar : Qual a razão de se vedar a alienação da denominação?

II.4- PESSOA JURÍDICA COMO SÓCIA-ADMINISTRADORA

É certo e sabido que a sociedade empresária, em regra, deve ser formada por duas ou mais pessoas, sendo a pluralidade um pressuposto de existência da sociedade, não havendo dúvidas de que o sócio pode ser pessoa natural ou jurídica, dependendo do tipo societário, até porque o art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/1976, admite, expressamente, que a sociedade anônima possa ter por objeto a participação em outras sociedades.

Desta forma, não há controvérsia quanto à possibilidade de uma pessoa jurídica ser sócia de uma sociedade empresária (limitada e por ações). No entanto, no tocante à possibilidade de ser sócia-administradora (presentante), a questão não é tão simples.

No caso da sociedade em nome coletivo, esta é formada apenas por pessoas naturais (art. 1039 do NCC), o que demonstra que o legislador não quis que pessoa jurídica fosse sócia-administradora.

Em relação à sociedade em comandita simples, os sócios-administradores são os comanditados, necessariamente pessoas naturais (art. 1045 do NCC).

Ademais, estas sociedades, em caso de omissão, passam a ser disciplinadas pelas regras das sociedades simples (arts, 1040 e 1045, ambos do NCC). Em sendo assim, aplica-se-lhes, se for o caso, o disposto no artigo 977, inciso VI, do “Novo Código Civil”, que exige que a administração seja feita por pessoas naturais.

Mas, e no caso da sociedade limitada?

Até então havia entendimentos nos dois sentidos. Porém, o “Novo Código Civil”, ao invés de enfrentar a questão, acabou omitindo-se, pois no artigo 1.060, fez constar apenas que a sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas sem esclarecer se natural e/ou jurídica.

Creemos que o entendimento mais acertado é pela admissibilidade da gestão por sócio pessoa jurídica, mas por que o “Novo Código Civil” não colocou uma “pá de cal” na questão?

II.5- SOCIEDADE ENTRE CÔNJUGES

A mulher casada, com o advento da Lei nº 4.121/1962, passou a ser plenamente capaz, podendo exercer a atividade empresária como empresária individual sem a necessidade da autorização do marido. Após, o artigo 5º da Constituição da República, de forma categórica, também admitiu igualdade de direitos entre homens e mulheres. Portanto, a mulher casada pode ser empresária individual e pode também falir (art.3º do Decreto-lei nº 7.661/1945).

Porém, quanto à possibilidade de ser constituída sociedade empresária entre cônjuges, o entendimento prevalente na doutrina e na jurisprudência é de que não há qualquer óbice para ocorrer tal constituição, não havendo qualquer violação ao regime matrimonial de bens, mesmo que este seja o da comunhão universal, até porque o art. 3º da Lei nº 4.121/1962 destaca bem os patrimônios dos cônjuges.

No entanto, o “Novo Código Civil”, no artigo 977, de forma expressa, passa a admitir a constituição de sociedade apenas entre cônjuges, porém de forma condicionada, ou seja, desde que o regime matrimonial de bens não seja da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória de bens.

Diante da redação do art. 3º da lei nº 4.121/1962, que destaca bem o patrimônio dos cônjuges mesmo que o regime matrimonial de bens seja o da comunhão universal, do ponto de vista jurídico, despidianda a subordinação à condição. Com a devida vênia, disse demais.

II.6- TEORIA “ULTRA VIRES SOCIETATIS”

Esta teoria surgiu na jurisprudência inglesa, no século XIX, segundo a qual, se o administrador, ao praticar atos de gestão, violar o objeto social (objeto-atividade e objeto-lucro) delimitado no ato constitutivo, este ato *ultra vires societatis* não poderá ser imputado à sociedade, sendo considerado, segundo alguns autores, inválido e, para outros autores, ineficaz.

Portanto, a sociedade fica isenta de responsabilidade perante terceiros, salvo se tiver se beneficiado com a prática do ato, quando então, passará a ter responsabilidade na medida do benefício auferido.

A aplicação desta teoria tem sido afastada por grande parte dos países, pois tem-se procurado prestigiar a proteção ao terceiro de boa-fé, adotando-se a teoria da aparência.

Entretanto, quanto à incidência desta teoria no nosso ordenamento jurídico, a questão suscita controvérsias, sendo certo que filio-me à posição que defende a não aplicação desta teoria, pois deve-se admitir a responsabilidade da sociedade, até porque esta possui direito regressivo com relação ao sócio que praticou indevidamente atos de gestão, sendo que este sócio, ao praticar o ato *ultra vires societatis*, o fez com aparência de licitude, não se podendo exigir que terceiros sempre venham consultar o ato constitutivo para saber se o ato está ou não dentro do objeto social delimitado, até porque o direito comercial e as relações comerciais são dinâmicos por natureza.

No entanto, o “Novo Código Civil”, consubstanciando idéias retrógradas, no artigo 1.015, parágrafo único, inciso III, quando trata da sociedade simples, acabou acolhendo a teoria.

II.7-AVAL PARCIAL E ENDOSSO

O aval é uma declaração cambiária sucessiva e eventual, em que uma pessoa natural ou jurídica põe sua assinatura em um título de crédito, garantindo o cumprimento da obrigação cambiária. Portanto, configura uma garantia cambiária fidejussória, sendo um ato de liberalidade.

Até então, o ordenamento jurídico admitia que o avalista garantisse totalmente a obrigação cambiária ou apenas uma parte dela. No entanto, o “Novo Código Civil”, no art. 897, parágrafo único, de forma expressa, veda o aval parcial.

Ora, se o aval é uma garantia e um ato de liberalidade, por que proibir o aval parcial? Sob a ótica do credor, é melhor possuir uma garantia por parte da obrigação ou não possuir garantia alguma? Será que a admissão do aval parcial obstaculariza a circulação do título? Certamente que não.

Uma outra “pisada na bola” por parte do legislador foi o fato de, no art. 914 do “Novo Código Civil”, tratar o endosso da mesma forma que a cessão ordinária de crédito (art. 296 do NCC), ou seja, o endossante, ao transferir a titularidade do direito de crédito e o respectivo título, não garante o cumprimento da obrigação caso o devedor direto não o faça, salvo se constar na cártula uma cláusula-garantia. Ora, qual foi a finalidade desta alteração? Não seria melhor continuar como está, ou seja, o endossante é garantidor, salvo cláusula expressa em contrário?

Certamente há outras incongruências no “Novo Código Civil”, porém o presente trabalho tem por escopo ventilar aos operadores do direito que,

quando da análise da novel legislação, procurem fazê-la de forma crítica, a fim de contribuir para a elaboração de uma legislação mais moderna e adequada ao meio social em que vivemos. ◆

O Poder Geral de Cautela no Processo Penal

ROGÉRIO PACHECO ALVES

Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro

1. EFETIVIDADE E PROCESSO CAUTELAR

Soa contundente, ainda e sobretudo nos dias atuais, a assertiva de CHIOVENDA no sentido de que o processo deve proporcionar a quem tem um direito, individual ou coletivamente considerado, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele pode e deve obter, máxima aplicável ao processo civil e também, por evidente, ao processo penal.

Pensar em efetividade do processo significa não só garantir a prestação jurisdicional definitiva, exauriente, mas, também, que tal prestação se amolde, plenamente, aos anseios da sociedade, permitindo que da atuação do Estado-Juiz sejam extraídos todos os resultados de pacificação social. É dizer, não basta a certeza de que a sentença virá. Faz-se necessária também a certeza de que virá de forma útil.

Para tanto, na visão do Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, mestre da processualística contemporânea, cinco postulados devem ser considerados, quais sejam: **a)** o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos; **b)** esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; **c)** deve-se assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, permitindo que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto possível, à realidade; **d)** o resultado do processo há de ser tal que assegure ao vitorioso o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; **e)** tal resultado deve ser alcançado como o mínimo de dispêndio de tempo e energias.⁽¹⁾

¹ Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In **Temas de Direito Processual** - Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27 e segs.

Dentro de tal perspectiva, o processo cautelar vai desempenhar um importantíssimo papel principalmente na implementação dos postulados a (“instrumentos adequados”) e d (“utilidade do resultado do processo”), *supra*, garantindo, por meio de uma cognição sumária, a eficácia prática da sentença, ameaçada pela natural demora da prestação jurisdicional (*periculum in mora*), possibilitando, assim, que o processo alcance todos os escopos (jurídicos, sociais e políticos) para os quais foi concebido.

Como já se disse, as medidas cautelares “*representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tiendem, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinário*”.⁽²⁾

É bem de ver que a chamada tutela de urgência, da qual o processo cautelar participa, vai buscar fundamento no *princípio da inafastabilidade da jurisdição* consagrado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal⁽³⁾, o que desloca todas as discussões a seu respeito para um plano de considerável superioridade sistemática, permitindo ao operador o seu manejo, limitado pelo próprio sistema de garantias constitucionais, em busca da *tutela jurisdicional adequada*.⁽⁴⁾ Com efeito, uma interpretação mais operosa e útil do referido princípio constitucional nos permite afirmar que a garantia de acesso ao judiciário não se satisfaz, apenas, com a possibilidade de utilização do processo de conhecimento (cognição exauriente), exigindo, antes, a possibilidade de utilização de novas técnicas capazes de garantir, mesmo que reflexamente, a satisfação do bem da vida.

Buscaremos discutir, no presente trabalho, uma forma peculiar de garantia de efetividade da jurisdição penal, palco dos mais dramáticos con-

² PIERO CALAMANDREI. **Introduccion al estudio sistematico de las providencias cautelares**. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1996, pp. 43/44.

³ “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁴ Afirma LUIZ GUILHERME MARINONI que “*No momento em que foi proibida a autotutela privada, o Estado assumiu a obrigação de tutelar de forma adequada toda e qualquer situação conflitiva concreta, razão pela qual o tempo despendido para a cognição da lide não pode impedir a efetividade da tutela dos direitos*” (**Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, pp. 31/32).

flitos sociais, no qual a indisponibilidade dos interesses e a sua intensa conflituosidade (pretensão punitiva estatal *versus* pretensão de liberdade), aliados ao caótico quadro de desagregação social proporcionado pelo aprimoramento da criminalidade organizada, da criminalidade estatal e da criminalidade de massas, exigem do operador do direito uma postura mais ativa e comprometida com os anseios da coletividade, sem que se desborde, por evidente, para posturas pouco afeiçoadas aos anseios democráticos e garantistas, fundamente inscritos em nosso atual diploma Constitucional.

2. REQUISITOS E CARACTERÍSTICAS DAS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES

A concessão de toda e qualquer providência cautelar, típica ou atípica, pressupõe a presença de dois requisitos fundamentais, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.⁽⁵⁾

O primeiro (*fumus boni iuris*), expressamente previsto no art. 801, III, do Código de Processo Civil,⁽⁶⁾⁽⁷⁾ enseja análise judicial a partir de critérios de mera probabilidade, em cognição não exauriente, avaliando-se a plausibilidade do direito pleiteado pelo autor a partir dos elementos disponíveis no momento. Deve o juiz indagar, assim, se a pretensão veiculada, diante dos elementos apresentados pelo legitimado, o conduzirão, provavelmente, a um resultado favorável, cuja utilidade se busca preservar. Não se pode perder de vista, assim, que quanto à investigação do direito “... *la*

⁵ A maioria da doutrina trabalha tais requisitos no campo das condições da ação cautelar. Para OVIDIO BATISTA DA SILVA, diversamente, a “fumaça de bom direito” e o “risco de demora” compõem “o mérito da ação cautelar”. GALENO LACERDA, adotando postura original, situa o *periculum in mora* no campo das condições da ação cautelar (interesse de agir) e o *fumus boni iuris* no campo do mérito, embora afaste a possibilidade da ação rescisória com vistas à desconstituição da respectiva sentença (**Comentários ao Código de Processo Civil** - v. VIII, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 166).

⁶ “Art. 801 - O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará: (...) III - a lide e seu fundamento”.

⁷ A necessidade de fumaça de bom direito é indicada no Código de Processo Penal em vários momentos: art. 126, que cuida do sequestro de bens adquiridos com os proventos da infração penal, exigindo o legislador a presença de “indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”; art. 134, que cuida da hipoteca legal e exige a presença de “indícios suficientes da autoria”; arts. 240 e 244, que tratam da busca e apreensão, aludindo o primeiro dispositivo (busca domiciliar) a “fundadas razões” e o segundo (busca pessoal), a “fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito ...”; art. 312, disciplinador da prisão preventiva, que fala em “prova da existência do crime e indícios suficiente de autoria” etc.

cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad”.⁽⁸⁾

Quanto aos riscos representados pela natural demora da prestação jurisdicional dita principal (*periculum in mora*), de que cuida, dentre outros dispositivos, o art. 801, IV, do Código de Processo Civil,⁽⁹⁾ a presença de tal requisito demanda a apreciação, a partir de dados reais, dos riscos que a delonga do acertamento do direito das partes poderá acarretar à utilidade da sentença futura. Não basta o perigo genérico, ténue, exigindo-se a demonstração de que, provavelmente, a alteração do *status quo*, razoavelmente demonstrada, esvaziará a atuação jurisdicional, tornando-a irremediavelmente imprestável.

Não se pode perder de vista, por outro lado, que “... a cautela importa em um sacrifício para o sujeito passivo dela, visto que a disponibilidade de pessoas e coisas também importa num custo, tornando-se necessário pesar esse custo, tendo em consideração o perigo e o risco deste decorrentes. Portanto, é importante examinar o grau de prejuízo, em proporção com o custo da própria cautela, custo esse que varia tendo em vista as diversas modalidades de cautela”.⁽¹⁰⁾ Daí o necessário

⁸ Calamandrei, obra e autor citados, p. 77.

⁹“Art. 801 - O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará: (...) IV - a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão”. O *periculum in mora* da prisão preventiva, conforme se extrai do art. 312 do Código de Processo Penal, é representado pelo risco à ordem pública, à ordem econômica, a instrução criminal ou à aplicação da lei penal. Na prisão temporária, o perigo reside na necessidade de garantir a eficácia das investigações ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (art. 1º, I e II, da Lei nº 7.960/89). Já nas prisões por força de pronúncia e por força de sentença condenatória recorrível (arts. 408, § 2º e 594, respectivamente), o próprio legislador, partindo da vida pregressa do réu, presume o risco à aplicação da lei penal.

¹⁰ Romeu Pires de Campos Barros, **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 42.

influxo das regras de razoabilidade e proporcionalidade sobre o juízo de concessão, ou não, das medidas requeridas. Com vistas a obstar danos desarrazoados ao patrimônio do réu, deve o magistrado, sobretudo nas providências, decretadas *inaudita altera pars*, buscar o justo equilíbrio entre a preservação dos interesses do autor, concedendo a cautela, e, a um só tempo, o resguardo devido aos interesses titularizados pelo demandado, impondo contracautelas, se for o caso. ⁽¹¹⁾

A busca de preservação dos “resultados úteis do processo principal” vai demandar, em hipóteses excepcionais, a concessão, pelo magistrado, de medidas cautelares independentemente da prévia oitiva do demandado, “... *quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz*” (art. 804 do Código de Processo Civil), sendo importante enfatizar que a vedação das decisões *inaudita altera pars* acabaria por desfigurar o próprio processo cautelar, não havendo que se falar, por óbvio, em qualquer violação da cláusula contida no art. 5º, LV, da Carta Política, uma vez que o contraditório, aqui, será exercido, só que em momento posterior à atuação acautelatória do juiz. ⁽¹²⁾ ⁽¹³⁾

¹¹ Consoante bem acentuado por PESTANA DE AGUIAR, “*com a contracautela o juiz estabelece um completo e equitativo regime de garantia ou prevenção de sorte a tutelar bilateralmente todos os interesses em risco*” (apud LUIZ FUX, **Tutela de segurança e tutela de evidência (fundamentos da tutela antecipada)**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 127).

¹² “... a urgência de certas situações (*periculum in mora*) exige a imposição de medidas igualmente urgentes, sem prévio contraditório (*inaudita altera parte*): é o que pode dar-se com as cautelas e se dá com as liminares em geral, em razão dos males do *fluir do tempo* (o tempo é um inimigo), sem que no entanto fique excluído o contraditório, mas tão somente postergado” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, **A instrumentalidade do processo**. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 133). Não se deve desprezar, no entanto, a advertência de MARINONI no sentido de que: “*Se a efetivação da medida cautelar inaudita altera parte, em algumas hipóteses, é absolutamente necessária para preservar a efetividade da tutela do direito afirmado pelo autor, a sua excepcionalidade decorre do fato de que esta posterga o contraditório. Em nome da efetividade do contraditório, ao réu deve ser permitido demonstrar, com a maior brevidade possível, a eventual inexistência dos fundamentos que autorizaram a concessão da medida*” (**Efetividade do processo e tutela de urgência**, ob. cit., pp. 79/80).

¹³ **Concessa maxima venia**, soava absurda, por tal motivo, proposta da Comissão presidida pela Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, nomeada pela Portaria nº 61/2000 do Ministério da Justiça, e que consistia em dar ao art. 282, § 3º, do Código de Processo Penal a seguinte redação: “§ 3º. As medidas cautelares poderão ser decretadas, **de ofício, ouvidas as partes, ou a requerimento destas, ouvida a parte contrária**”. Em boa hora, provavelmente em razão da enxurrada de críticas ao dispositivo sugerido, a Comissão retirou tal esdrúxula regra do Projeto encaminhado ao Congresso Nacional. Realmente, não se pode compreender que o magistrado tenha de ouvir as partes quando se predisponha a decretar uma medida **de ofício**. Ademais, a parte final do dispositivo acabaria com a cautelaridade *inaudita altera pars* no Processo Penal, em flagrante descompasso com a atual legislação Processual Civil. Imagine-se a seguinte hipótese: O Ministério Público, a partir de indícios de que o agente pretende fugir do “distrito da culpa”, requer ao juiz

Uma vez presentes os requisitos legais acima referidos, não dispõe o juiz de discricionariedade capaz de levá-lo a indeferir a providência cautelar, abdicando de seu relevante papel de tutela dos bens jurídicos postos sob seus cuidados, sob pena de esvaziamento, ao menos do ponto de vista prático, da própria garantia da inafastabilidade da jurisdição.

Quanto às características da atuação cautelar, ressalta a melhor doutrina pelo menos quatro fundamentais, que são a *acessoriedade*, no sentido de apontar a subordinação do processo cautelar ao processo dito principal; a *preventividade*, indicativa do escopo do processo cautelar como sendo o de evitar os danos que o tempo pode causar à sentença futura; a *instrumentalidade hipotética*, expressão cunhada por CALAMANDREI e que significa que a análise da qualidade do direito ou pretensão do autor, de sua probabilidade de êxito, se faz de forma meramente hipotética, em juízo não exauriente, não sendo as cautelares um fim em si; e, finalmente, a *provisoriedade*, no sentido de que a providência acautelatória não se vocaciona à estabilização, sobrevivendo apenas enquanto necessária à tutela do processo principal. ⁽¹⁴⁾

3. AS MEDIDAS CAUTELARES TÍPICAS PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE.

Diferentemente do que se verifica no campo do processo civil, a legislação processual penal é bastante confusa no trato das medidas cautelares. A começar pelo próprio Código de Processo Penal, que traz em seu corpo diversas providências acautelatórias sem nenhum rigor sistemático, delas tratando em diferentes capítulos. ⁽¹⁵⁾

a decretação da prisão preventiva. De acordo com a regra sugerida, em tal hipótese, passem os céus, deveria o requerido ser previamente ouvido pelo magistrado sobre o requerimento formulado pelo *Parquet*! É óbvio que, muito antes, já teria fugido. Ou esta outra situação: o titular da ação penal pretende a apreensão de documento imprescindível ou, mesmo, de armas ou qualquer instrumento utilizado na prática de crime. Requer a medida cautelar de busca e apreensão, e o juiz determinaria que se ouvisse o requerido... Ou ainda pior: O Ministério Público requer a interceptação telefônica, providência de negável índole cautelar, e o juiz, previamente, ouviria o investigado!?

¹⁴ Cf. AFRÂNIO SILVA JARDIM, “Visão sistemática da prisão provisória no Código de Processo Penal”. In **Direito Processual Penal**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 256/257.

¹⁵ Livro I (“Do processo em geral”), Título VI (“Das questões e processos incidentes”), Capítulo VI (“Das medidas assecuratórias”); Livro I, Título VII (“Da prova”), Capítulo XI (“Da busca e da apreensão”); Livro I, Título IX (“Da prisão e da liberdade provisória”), Capítulo III (“Da prisão preventiva”) etc.

ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, após analisar a doutrina de CALAMANDREI, CARNELUTTI, PODETTI, FOSCHINI e de alguns de nossos melhores processualistas, classifica as medidas cautelares penais em: **a) cautelas pessoais**, que são as prisões provisórias (prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão por força de pronúncia e prisão em virtude de sentença condenatória recorrível)⁽¹⁶⁾, as medidas de segurança e interdições de direito (previstas no Título XI do Livro I do Código de Processo Penal e que se viram esvaziadas pela reforma da parte geral do Código Penal, levada a efeito em 1984), as contracautelas (liberdade provisória, com ou sem fiança)⁽¹⁷⁾ e as restrições processuais (Título X)⁽¹⁸⁾; **b) cautelas patrimoniais**, disciplinadas nos arts. 6º (inquérito policial), 125 (seqüestro), 132 (arresto), 136 (hipoteca legal) e 240 (busca e apreensão) do Código; **c) cautelas referentes aos meios de prova** (depoimento *AD PERPETUAM REI MEMORIAM* [art. 225], exame de corpo de delito [arts. 158/181], perícia complementar [art. 168, § 2º] e exame do local do crime [art. 169/173]).⁽¹⁹⁾

Não é difícil perceber que, além de assistemática, a disciplina contida no Código de Processo Penal, do alto de seus mais de sessenta anos de vigência, é também bastante pobre, tendo sido concebida a partir de uma realidade social totalmente diferente da atual, época de costumes diversos, de criminalidade diversa, de diferentes práticas democráticas, igualmente. Deixa, assim, de contemplar diversas situações que hoje vêm demandando dos operadores do direito uma postura diferente.

Tal quadro veio a ser amenizado pelos novos diplomas legais.

Com efeito, regulamentando o art. 5º, XII, da Constituição da República,⁽²⁰⁾ a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, veio cuidar da “interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investi-

¹⁶ Arts. 302 e segs., 311/316, 408 e 393, I, do Código de Processo Penal.

¹⁷ Arts. 321/350 e 310.

¹⁸ Arts. 351/372.

¹⁹ Ob. cit., p. 36. Referido autor abandona, deliberadamente, a consagrada classificação de FOSCHINI, elaborada para o processo penal, em razão da maior amplitude da classificação apresentada pelos processualistas civis: “... a doutrina do processo civil é que vai iluminar o processo penal, visto que este além de mais apoucado no campo doutrinário, é servido, em nosso direito, por um código sem qualquer orientação técnica” (pp. 33/34).

²⁰ “XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

gação criminal e em instrução processual penal”, disponibilizando o legislador de uma importantíssima ferramenta cautelar de combate à criminalidade organizada.

Pouco mais de um ano depois, em boa hora, o novo Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, em seu art. 294, *caput*, passou a admitir que “*Em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção*”.⁽²¹⁾

Também o Código de Propriedade Industrial, Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, permite, no art. 202, II, não só a busca e apreensão dos produtos contrafeitos como também a “*destruição de marca falsificada nos volumes ou produtos que a contiverem, antes de serem distribuídos, ainda que fiquem destruídos os envoltórios ou os próprios produtos*”.

Por último, sem a pretensão de esgotar todas as hipóteses previstas na legislação extravagante, tem-se, mais recentemente, a Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, cujo art. 2º busca disciplinar não só a chamada “atuação de agente infiltrado”, como também a “captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise”. Em ambas as hipóteses, condicionando tais medidas investigatórias a “circunstanciada autorização judicial”.

São exemplos eloqüentes da crescente preocupação do legislador com a ineficácia das regras previstas em nosso vetusto Código de Ritos, incapaz de atender à atual realidade social.

Tais reflexos foram plenamente captados pela Comissão instituída pela Portaria nº 61/2000 do Ministério da Justiça e encarregada da “Reforma do Processo Penal”, que, na parte relativa à prisão e à liberdade provi-

²¹ Para MARCELLUS POLASTRI LIMA, “*Tal medida cautelar é restritiva de direito, sendo sua previsão novidade em nosso sistema processual penal, que mais se ocupa de medidas cautelares privadas de liberdade, e novidade também é a possibilidade de decretação em caso de delito culposo, o que aqui se justifica em face da natureza dos delitos de trânsito, que atingem a segurança viária e a incolumidade pública, sendo necessária a cautela e prudência do motorista*” (“Aspectos processuais dos crimes de trânsito.” In **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** nº 8, p. 252).

sória (Livro I, Título IX, do Código de Processo Penal), cuida de ampliar, significativamente, o rol das medidas cautelares. ⁽²²⁾

4. DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS NO PROCESSO PENAL.

O desalentador quadro de medidas cautelares apresentado por nosso Código, não obstante todos os esforços levados a efeito pelo legislador nos últimos anos, contribui para a inegável ineficácia do processo criminal, distanciando-o, realisticamente, dos cânones de efetividade que tão de perto vêm informando a atual legislação processual civil.

Tal realidade leva a que a prestabilidade da futura sentença de mérito se veja protegida por uma malha processual bastante pobre, conduzindo a

²² É a seguinte a redação proposta ao art. 283 do Código:

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva.

§ 1º. O juiz poderá, nas situações previstas no art. 318, permitir que a prisão preventiva seja substituída pela domiciliar.

§ 2º. Quando não couber prisão preventiva, o juiz poderá decretar outras medidas cautelares (artigo 319).

§ 3º. As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 4º. A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio”.

O âmbito de incidência das “outras medidas cautelares”, referidas pelo § 2º, é explicitado pelo art. 319, que, na redação sugerida, assim dispõe:

“Art. 319. As medidas cautelares diversas da prisão serão aplicadas nas seguintes hipóteses: I - comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares em qualquer crime, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a 2 (dois) anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais;

VII - internação provisória do acusado em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 e parágrafo único do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial”.

Todos os anteprojatos apresentados pela “Comissão Ada Pellegrini Grinover” encontram-se publicados na **Revista Brasileira de Ciências Criminais** nº 33, p. 304 e segs.

que, em diversas hipóteses, os deletérios efeitos do tempo sobre o processo levem a um real esvaziamento da prestação jurisdicional, contribuindo, assim, para o desprestígio do chamado “sistema de justiça”.

A prova cabal do até aqui afirmado se verifica, de forma mais grave, no campo das ações penais condenatórias, no qual o principal instrumento garantidor da eficácia da prestação jurisdicional é a prisão cautelar, em suas diversas modalidades. Medida, no entanto, dada a gravidade de efeitos que decorrem do encarceramento durante o processo, bem assim em razão dos requisitos estabelecidos pelo Código de Processo Penal para a sua decretação, nem sempre cabível por falta de razoabilidade e proporcionalidade.⁽²³⁾

Ou seja, diante dos exíguos mecanismos disponibilizados pela lei, o Juiz criminal, em muitas hipóteses, se vê diante da dicotomia do “prender” ou “não prender”⁽²⁴⁾, o que, como consequência, ou o leva a decretar prisões cautelares desarrazoadas ou, ao contrário, a assistir, passivamente, o esvaziamento do processo, lavando as mãos qual Pilatos no credo, mesmo diante da premente necessidade de garantir a aplicação da lei penal, a instrução criminal ou mesmo a ordem pública.

Segundo pensamos, seja no crime, seja no cível, sempre que houver uma concreta possibilidade de esvaziamento do exercício da função soberana de julgar, deve o Magistrado servir-se de mecanismos que razoavelmente o habilitem a garantir a sua jurisdição. E tal possibilidade vai encontrar no poder geral de cautela um dos seus mais poderosos instrumentos também na seara processual penal.

Nem todos, contudo, pensam assim.

Com efeito, ao tratar do assunto especificamente no campo do processo penal, sustenta ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, indubitavelmente uma das maiores autoridades no tema, que “*A possibilidade jurídica na ação cautelar consiste em se verificar ‘prima facie’, se a medida cautelar*

²³ Com efeito, não se deve perder de vista que, muito embora a constrição cautelar da liberdade vá encontrar respaldo no próprio texto constitucional (art. 5º, LXI), “... o sacrifício de um bem jurídico há de ter em contrapartida a proteção de outro de maior relevância, devendo ser respeitados os estritos limites legais de modo a relegar ao mínimo o efeito gravoso da constrição” (LUIZ CLÁUDIO CARVALHO DE ALMEIDA. “A prisão cautelar e o princípio da proporcionalidade”. In **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** nº 09, p. 160).

²⁴ Já o seu “primo rico”, o Juiz cível, não vai encontrar nenhuma dificuldade em tutelar a eficácia do processo. Realmente, mesmo que não encontre na legislação processual civil nenhuma medida cautelar típica, poderá sempre se socorrer do poder geral de cautela, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil. Poderá, por exemplo, determinar a sustação de protesto de títulos cambiais, suspender deliberações assembleares, censurar a realização de ligações telefônicas etc (Cf. NERY e NERY, **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5ª edição. São Paulo: RT 2001, p.1228).

pleiteada é admissível no estatuto processual ou em qualquer lei dessa natureza. **Existe uma tipicidade processual não diferente da tipicidade de direito substancial.** Portanto, importa verificar se o pedido do autor pode subsumir-se num dos modelos descritos nos preceitos normativos do direito vigente. Inexistindo no ordenamento jurídico a medida cautelar pleiteada, não há possibilidade jurídica para o pedido do autor”⁽²⁵⁾ (grifamos).

Noutra passagem, que esclarece a adoção da noção de “tipicidade processual” em assemelhação à noção de “tipicidade de direito substancial”, afirma o mesmo autor que “... o processo, sendo uma luta contra o tempo, instaura-se tendo em vista uma situação inicial e tende a alcançar uma situação final, e a fim de preservar a situação final dos eventos prejudiciais que possam obstaculizar a sua atuação, exige a antecipação da situação final. É o que ocorre com a prisão preventiva, que do lado estrutural, equipara-se a pena e que, por isso mesmo, somente poderá ser decretada quando ocorra uma infração punida com pena detentiva de liberdade, importando o exame de norma penal incriminadora para que essa medida seja imposta. Nisto consiste o aspecto material da norma cautelar”⁽²⁶⁾

Não nos parece possível, **concessa maxima venia**, o confinamento das providências cautelares penais às hipóteses expressamente previstas em lei a partir do argumento da “tipicidade de direito substancial”. E isto porque, a nosso juízo, as normas que tratam das providências cautelares têm natureza exclusivamente processual ⁽²⁷⁾ e, assim, ao teor do art. 3º da

²⁵ **Processo Penal Cautelar**, ob. cit., p. 58.

²⁶ Ob. cit., p. 9.

²⁷ Neste sentido, JOSÉ FREDERICO MARQUES, **Elementos de Direito Processual Penal** – vol I. Campinas: Bookseller, 1997, pp. 61/62. De TOURINHO, se extrai a seguinte lição: “São normas penais todas aquelas que atribuem virtualmente ao Estado o poder punitivo, ou, também, aos órgãos do mesmo Estado ou a particulares o poder de disposição do conteúdo material do processo, vale dizer, da pretensão punitiva (representação, queixa, perdão, anistia, indulto, graça, livramento condicional etc.). Assim, as normas jurídicas, por exemplo, que estabelecem quais os crimes e contravenções e quais as causas que condicionam, excluem ou modificam a punibilidade, são genuinamente penais. São normas de Direito Processual Penal, de um modo geral, todas aquelas que regulam o início, o desenvolvimento e fim do processo, as que estabelecem as garantias jurisdicionais na execução das coisas julgadas, que indicam as formas com que os sujeitos processuais podem valer-se das suas faculdades e direitos processuais etc” (**Processo Penal** – v. I. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 113). Também o Supremo Tribunal Federal vem acolhendo tal ponto de vista. Com efeito, por ocasião do julgamento de **habeas corpus** impetrado contra decisão de Tribunal Estadual que havia revogado liberdade provisória concedida antes do advento da Lei nº 8.072/90, restou consignada a natureza processual das normas que cuidam de prisão e liberdade provisória (Jurisprudência do STF, *Lex*, v. 170, pp. 350/354).

Lei de Ritos (“Art. 3º - A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”), comportam a incidência dos princípios gerais do direito em busca da efetividade da atuação jurisdicional, tornando possível, desta forma, a aplicação, no campo do processo penal, da norma contida no art. 798 do Código de Processo Civil (“Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”).⁽²⁸⁾

É bem de ver que a noção de “tipicidade processual”, posto em seu devido lugar, se presta a assegurar a observância ao devido processo legal (tipicidade procedimental)⁽²⁹⁾, não a obstar a efetividade do processo, coartando os poderes do Magistrado e impedindo que as partes alcancem a sua máxima efetividade. A esse respeito, ressalte-se, mais uma vez, que o

²⁸ Admitindo a aplicabilidade subsidiária das normas do processo civil ao processo penal: JOSÉ FREDERICO MARQUES (**Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro; Forense, 1961, pp. 42/43), FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, ob. cit., pp. 21/29 e AFRÂNIO SILVA JARDIM, que aponta um amplo rol de doutrinadores, nacionais e estrangeiros, favoráveis a um estudo unitário do direito processual (“**Visão sistemática da prisão provisória no Código de Processo Penal**”, ob. cit., pp. 252/253).

²⁹ Em obra já consagrada e de leitura indispensável, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO DINAMARCO afirmam que “*Compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito ao procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório (v. infra, nn. 175-177), como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida*” (**Teoria Geral do Processo**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 78/79). Mais recentemente, tratando das *garantias procedimentais*, afirma ANTÔNIO SCARANÇE FERNANDES que “*Em duas linhas podem ser referidas as garantias procedimentais: a garantia ao procedimento integral e a garantia ao procedimento tipificado. São garantias não expressas, enquadráveis na garantia genérica do devido processo legal*”, para depois explicitar que “*Em virtude da garantia ao procedimento tipificado, não se admite a inversão da ordem processual ou a adoção de um procedimento por outro. Resultando prejuízo, deve ser declarada a nulidade*” (**Processo Penal Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 105). Mesmo no estudo das nulidades, onde a idéia de *tipicidade processual* também é invocada, não se pode perder de vista que, a partir do princípio da instrumentalidade das formas, o excessivo formalismo acaba por sacrificar o objetivo maior de realização de justiça (cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO SCARANÇE FERNANDES e ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, **Nulidades do Processo Penal**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 17).

princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) traz ínsito o direito à adequada tutela jurisdicional, o que só se tornará possível, em alguns casos, mediante a intervenção cautelar inominada do Poder Judiciário, observadas, evidentemente, as garantias processuais previstas na Constituição.⁽³⁰⁾

Entra pelos olhos, assim, que a razão que leva o legislador a conceber um *processo cautelar* não se coaduna, essencialmente, com a idéia de tipicidade, sob pena de esvaziamento do corolário do acesso à justiça acima referido. Aliás, não é demais lembrar que o processo cautelar nasceu justamente por intermédio da adoção de cautelas atípicas, vindo o legislador, ao depois, tratar de seu disciplinamento na lei, sempre ressaltando a possibilidade de decretação de cautelas inominadas.

Realmente, diante da impossibilidade prática de a lei prever todas as hipóteses de risco, não faria sentido que o juiz, identificando concretamente um dano à ordem jurídica não prevista pelo legislador, se visse impossibilitado de adotar outras soluções de garantia. Tal postura, que, inclusive, ignoraria o conceito de jurisdição como poder, resultaria para o autor numa “vitória de Pirro”, na qual se conferem “ao vencedor as batatas”.

Ressalte-se que no atual sistema brasileiro, com a nova redação dada ao art. 273 do Código de Processo Civil,⁽³¹⁾ não é mais possível conferir às

³⁰ “O poder cautelar geral do juiz atua como poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional. Se esta tem por finalidade declarar o direito de quem tem razão e satisfazer esse direito, deve ser dotada de instrumento para a garantia do direito enquanto não definitivamente julgado e satisfeito. O infinito número de hipóteses em que a demora pode gerar perigo torna impossível a previsão específica das medidas cautelares em número fechado, sendo, portanto, indispensável um poder cautelar geral que venha a abranger situações não previstas pelo legislador. Este disciplinou os procedimentos cautelares mais comuns ou mais encontrados, cabendo ao próprio juiz da causa adotar outras medidas protetivas quando houver, nos termos da lei, fundado receio de lesão grave e de difícil reparação” (VICENTE GRECO FILHO, **Direito Processual Civil Brasileiro** – v. 3. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 154 e 155).

³¹ “Art. 273 - 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:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º - Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º - A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º - A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º - Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento”.

providências cautelares qualquer efeito de antecipação do mérito (antecipação da sanção, no processo penal), o que, se ocorrente, permitiria o deslocamento do tema para o campo do direito material e a conseqüente adoção do princípio da tipicidade cerrada. Hoje, voltam-se elas, única e exclusivamente, à garantia da relação processual, o que também se verifica no campo penal, uma vez que o exemplo de “cautelar antecipatória” geralmente apontado pela doutrina clássica, vale dizer, *a aplicação provisória de medida de segurança ou interdição de direitos*, não mais subsiste.⁽³²⁾ Ou seja, é possível, a partir da atual sistemática, recolocar o processo cautelar nos seus “trilhos” exclusivamente processuais, desvestindo-o de qualquer feição substancial, do papel de antecipação da pretensão principal, afigurando-se mesmo absurda a alusão à antecipação da sanção penal diante do que dispõe o art. 5º, LVII, da Constituição Federal.⁽³³⁾

De outro lado, não se pode dizer que o magistrado, ao conceder uma cautela inominada, esteja agindo ao largo da lei, uma vez que é o próprio ordenamento jurídico (art. 798 do Código de Processo Civil c.c. o art. 3º do Código de Processo Penal) que lhe possibilita, presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a adoção de outras providências adequadas a garantir a eficácia da prestação jurisdicional.⁽³⁴⁾

Esvaziado o processo cautelar, assim, de todo e qualquer conteúdo de direito material, não faz sentido, *rogata venia*, a invocação de uma “tipicidade processual” de modo a inviabilizar as medidas inominadas no campo do processo penal, uma vez que “... a norma de Direito Judiciário Penal tem que ver com os atos processuais, não com o ato delitivo”.⁽³⁵⁾

³² ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, na obra já tantas vezes citada, aponta a “aplicação provisória de medida de segurança ou interdição de direito, como um exemplo de providência cautelar que importa numa antecipação da situação definitiva, verdadeira tutela antecipatória (p. 44). Tal possibilidade, não obstante, diante da nova disciplina dada à matéria pelo atual Código Penal, não mais subsiste no direito brasileiro.

³³ “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

³⁴ A tese foi recentemente acolhida em encontro de trabalho promovido pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro: “É possível, por aplicação do art. 798 do Código de Processo Civil c.c. o art. 3º do Código de Processo Penal, a adoção de medidas cautelares inominadas no âmbito do processo penal, tais como a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica e a proibição de ausentar-se do país sem autorização judicial” (Enunciado nº 6 do Encontro de Trabalho do Ministério Público do Rio de Janeiro realizado em Petrópolis, nos dias 5 e 6 de julho de 2001 - unânime).

³⁵ HÉLIO TORNAGHI. *Instituições de Processo Penal* – v. I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 174.

De fato, soa ilógico que o juiz criminal, quando necessário ao resguardo da ordem pública, da instrução criminal e da própria aplicação da lei penal, possa decretar uma cautela restritiva da liberdade (prisão preventiva), bem individual maior, e não possa restringir o exercício de outros direitos de menor estatura constitucional, sendo aplicável, aqui, a máxima de que “quem pode o mais, pode o menos”.

Alguns exemplos podem melhor ilustrar o nosso despretenhoso esforço teórico: imagine-se que determinado policial seja denunciado pela prática de tortura, figurando como vítimas presos sob a sua custódia. Imagine-se que tais vítimas e seus familiares estejam sendo ameaçados. À luz do art. 312 do Código de Processo Penal, pode o Juiz decretar a prisão preventiva com vistas à garantia da instrução criminal. Não se perca de vista, no entanto, que o caso concreto, por qualquer circunstância, pode apontar a desproporcionalidade de tal prisão. Por que não se admitir, então, o afastamento provisório do servidor como medida adequada a resguardar a coleta da prova? Prendê-lo poderia representar afronta ao princípio da razoabilidade. Não afastá-lo, por outro lado, significaria a abdicação de tutela a um interesse processual, que é o de garantir a veracidade da instrução.

Outro exemplo: imagine-se que determinado fiscal de rendas tenha sido preso em flagrante por “*exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar o seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida*” (art. 3º, II, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990). Verifica o Juiz, a um só tempo, a necessidade de resguardo da *ordem pública* e a desproporcionalidade da manutenção da prisão processual. *Quid inde?* Em hipótese tal, o meio termo é encontrado na medida inominada de *afastamento provisório do agente do exercício de suas funções*.

Ainda a título exemplificativo, pode-se imaginar a publicação, via *internet*, de cenas de sexo explícito ou pornográficas envolvendo crianças e/ou adolescentes (art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Interessará ao resguardo da *ordem pública* não só a prisão preventiva dos responsáveis por tão repugnante crime, se for o caso, como também a própria suspensão das atividades levadas a cabo pelo *site*, interrompendo, desta forma, a divulgação das chocantes figuras e fotografias a uma rede de informações de dimensão global.

Outra hipótese: verifica-se o risco de que determinado réu possa ausentar-se do País de modo a pôr em dúvida a aplicação da lei penal. Por qualquer razão, entende o magistrado que a prisão cautelar seria um exagero naquele caso concreto. Ou mesmo que o prazo da prisão preventiva anteriormente decretada já se tenha expirado. A apreensão do passaporte de tal pessoa pode revelar-se suficiente a coartar o risco de fuga, garantin-

do-se, deste modo, a eficácia da possível sentença condenatória. Tal medida, diga-se, é bastante comum no âmbito da Justiça Federal.⁽³⁶⁾

Pode-se imaginar, ainda, a suspensão de atividade de clínicas de aborto ou que, em contrariedade aos ditames da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, vendam órgãos de seres humanos.

Em todos os casos acima sugeridos, sobressaem dois aspectos da maior relevância, vale dizer: a necessidade de resguardo da ordem pública, da instrução criminal ou da aplicação da lei penal e, por qualquer motivo, a desproporcionalidade da medida constritiva da liberdade, o que leva à imperiosa adoção de medidas capazes de resguardar, a um só tempo, a eficácia do processo e a liberdade do indiciado ou réu.

Ressalte-se, mais uma vez, que não se trata de antecipar efeitos condenatórios, o que esbarraria na presunção constitucional de não-culpabilidade, mas, sim, de garantir a prestabilidade da sentença de mérito nas ações penais cognitivas e também no próprio processo de execução.⁽³⁷⁾

³⁶ É de autoria dos Magistrados Federais GUILHERME CALMON NOGUEIRA e ABEL FERNANDES GOMES primoroso estudo sobre o poder geral de cautela no processo penal, com ênfase para a questão específica do condicionamento à autorização judicial para ausentar-se da sede do Juízo (“O poder geral de cautela no processo penal e o condicionamento à autorização judicial para ausentar-se da sede do juízo”. In **Temas de Direito Penal e Processo Penal em especial na Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 319 e segs).

³⁷ O Professor SERGIO DEMORO HAMILTON enfrentou, com a sua habitual originalidade, a possibilidade de adoção de cautelas inominadas no campo da execução penal, sustentando a viabilidade da chamada “regressão cautelar de regime prisional” (“O poder cautelar do juiz da execução penal”. In **Temas de Processo Penal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 1998, p. 169 e seguintes). Para o referido jurista, “Não se pode, pura e simplesmente, alijar do juiz da execução o poder geral de cautela, inerente ao exercício da jurisdição, pela simples razão de que a LEP não previu expressamente a regressão cautelar. A lei, como é curial, por mais detalhada que seja, não pode, evidentemente, ser abrangente de todas as situações jurídicas e fáticas que se possam apresentar ao aplicador do direito positivo no dia-a-dia do foro. Daí o socorro que lhe prestam a doutrina e a jurisprudência” (p. 174).

A tese vem sendo acolhida pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, merecendo transcrição a ementa do acórdão prolatado no *Habeas Corpus* nº 76.271-5, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJU* 18.09.98, **verbis**: “Direito Penal e Processual Penal. Regime semi-aberto de cumprimento de pena. Fuga: quebra de dever disciplinar. Sanção de regressão ao regime fechado (arts. 50, inc. II, e 118, inciso I, e §§ 1º e 2º, da Lei de Execuções Penais). Direito de defesa do sentenciado. Cabimento, porém, da medida cautelar de regressão” *‘Habeas Corpus* indeferido’.

Se até antes da condenação, pode o denunciado ser preso preventivamente, para assegurar a aplicação da lei penal, não é de se inferir que o sistema constitucional e processual penal impeça a adoção de providências, do Juiz da Execução, no sentido de prevenir novas fugas, de modo a se viabilizar o cumprimento da pena já imposta, definitivamente, com trânsito em julgado.

Essa providência cautelar não obsta a que o réu se defenda, quando vier a ser preso. O que não se pode exigir do Juiz da Execução é que, diante da fuga, instaure a sindicância, intime o réu por edital, para se defender, alegando o que lhe parecer cabível para justificar a fuga, para só depois disso determinar a regressão ao regime anterior de cumprimento de pena.

Essa determinação pode ser provisória, de natureza cautelar, antes mesmo da recaptura do paciente, para que este, uma vez recapturado, permaneça efetivamente preso, enquanto justifica a grave quebra de dever disciplinar, como previsto no art. 50, inc. II, da Lei de Execuções Penais, qual seja, a fuga, no caso.

Tal medida não encontra obstáculo no art. 118, inc. I, §§ 1º e 2º da mesma Lei. É que aí se trata da imposição definitiva da sanção de regressão. E não da simples providência cautelar, tendente a viabilizar o cumprimento da pena, até que aquela seja realmente imposta.

“H.C.” indeferido”.

A 2ª Turma do mesmo Tribunal, no entanto, vem rejeitando tal possibilidade de regressão cautelar de regime prisional ao argumento de que “No campo do processo penal, descabe cogitar, em detrimento da liberdade, do poder de cautela geral do órgão judicante. As medidas preventivas não de estar previstas de forma explícita em preceito legal” (*Habeas Corpus* nº 75.662-0/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* 17.04.98).

E a jurisprudência dos Tribunais, sensível a tais aspectos, vem admitindo as medidas cautelares inominadas na seara do processo penal.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, num caso de grande repercussão, relativo à suposta “venda de alvarás de soltura” por determinado integrante do Poder Judiciário do Estado do Amazonas, deixou assentado, *verbis*:

*“Após afastar preliminares de cerceamento de defesa e incompetência desta Corte para aplicar o art. 29 da Loman (LC nº 35/79³⁸), recepcionado pela CF/88, conforme já assentado pelo STF, a Corte Especial determinou o afastamento do Magistrado de suas funções como Desembargador e Vice-Presidente de Tribunal de Justiça Estadual. Considerou-se que, dentro da amplitude conferida pelo ordenamento jurídico a este Superior Tribunal e recebidas as denúncias com elementos colhidos nesta instância, não seria pertinente devolver ao próprio TJ o exame do pedido do MP de afastamento preventivo. Destarte, sendo este Tribunal competente para receber a denúncia e processar os denunciados (art. 105, I, CF/88), incumbe-lhe, conseqüentemente, apreciar também as medidas acautelatórias e incidentais sobre o processo. **Outrossim, ainda que inaplicável o art. 29 da Loman, o afastamento amolda-se ao poder de cautela do Juiz. Ademais, seria incoerente se este Tribunal pudesse tomar medidas restritivas de liberdade e não pudesse adotar o menos, o afastamento do acusado de suas funções, uma vez que há duas ações penais tramitando nesta corte e ambas com fatos graves imputados ao Magistrado no exercício do cargo. Precedente citado do STF: HC 77.784-MT, DJ 18/12/1998**”⁽³⁹⁾ (grifamos).*

Noutra oportunidade, embora não tenha sido a matéria analisada com profundidade, o mesmo Tribunal Superior, através de sua 6ª Turma, entendeu pela admissibilidade de cautelares inominadas no campo processual penal:

³⁸ “Art. 29. Quando, pela natureza ou gravidade da infração penal, se torne aconselhável o recebimento de denúncia ou de queixa contra magistrado, o Tribunal, ou seu Órgão Especial, poderá, em decisão tomada pelo voto de dois terços de seus membros, determinar o afastamento do cargo do magistrado denunciado”.

³⁹ Inquérito nº 259-AM, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, julgado em 21.03.2001. Ementa publicada no Informativo nº 89 do Superior Tribunal de Justiça.

“Mandado de Segurança. Busca e apreensão. Medida deferida para apurar a materialidade de eventual crime contra a propriedade industrial.

Não se há de identificar no ato do Magistrado, a quem cabe o poder geral de cautela, procedimento que viole direito líquido e certo.

Recurso desprovido”.⁽⁴⁰⁾

Especificamente sobre a viabilidade da apreensão de passaportes e do próprio condicionamento de viagens ao exterior a prévio consentimento judicial, o mesmo Superior Tribunal de Justiça já entendeu pela legalidade da determinação, *verbis*:

“Se o paciente continua solto, não faz sentido sua prisão só porque ele cuidava de regularizar proibição de seu ingresso em determinado País estrangeiro. Assim, sua prisão padece de justa causa. Retenção, todavia, do passaporte e manutenção da proibição de viajar para o exterior”.⁽⁴¹⁾

Sobre o mesmo tema, tem-se interessante decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, analisando o **Habeas Corpus** nº 698008018, assim o ementou:

“Habeas corpus. Retenção de passaportes e proibição de o paciente, de nacionalidade brasileira e norte-americana, pronunciado para julgamento pelo Tribunal do Júri, viajar aos Estados Unidos. Medida cautelar geral inserida no poder do Juiz para regular andamento do processo. Peculiaridades da espécie a justificar a medida restritiva. Ordem denegada” (1ª Câmara Criminal, unânime, Rel. **Ranolfo Vieira**, in *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul* nº 188, pp. 62/64).⁽⁴²⁾

⁴⁰ Recurso em Mandado de Segurança nº 4.179/PR, 6ª Turma, Rel. Min. William Patterson, un., j. 03.12.96, DJU de 03.03.1997. Cuidava-se de busca e apreensão de um estoque de calçados, supostamente contrafeitos, deferida pelo Juízo da Comarca de Colombo/PR. A alegação da empresa, objeto da busca e apreensão judicialmente determinada, foi a de que a medida inviabilizaria o desenvolvimento de suas atividades, argumento rejeitado pelo Tribunal de Justiça do Paraná e pelo Superior Tribunal de Justiça.

⁴¹ *Habeas Corpus* nº 2868-6/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. 13.02.95, maioria, DJU 24.03.97, p. 9.066.

⁴² Do acórdão, se extrai que: “A retenção de passaporte e a proibição de viajar ao exterior é medida cautelar geral inserida dentro do poder do Juiz para o regular andamento do processo. Não ofende o direito de ir e vir, que se sujeita às restrições impostas a quem responde a processo penal. Nem ao princípio da presunção de inocência”.

Obviamente, os mesmos motivos que nos levam a sustentar o cabimento de cautelas inominadas no processo penal conduzem, *mutatis mutandis*, à aceitação da decretação de contracautelas atípicas pelo Magistrado, o que também vem sendo admitido pela jurisprudência. ⁽⁴³⁾

5. DO INTERESSE DE AGIR

Segundo a melhor doutrina, o interesse de agir, condição inafastável ao legítimo exercício do direito de ação, consiste na demonstração, pelo autor, não só da *utilidade* da medida por ele pleiteada, ou seja, a imprescindibilidade da intervenção jurisdicional para garantir o pleno gozo de seu direito, como também da adequação da via eleita para o alcance de tal desiderato. ⁽⁴⁴⁾

O deferimento das cautelas inominadas no campo do processo penal, igualmente, demandará a demonstração do binômio utilidade-adequação. Assim, se, por exemplo, o agente policial teve a sua prisão preventiva decretada, não haverá utilidade em requerer-se o seu afastamento cautelar, tendo em conta que a instrução criminal e a ordem pública já estarão devidamente resguardadas pela medida constritiva da liberdade. De igual modo, se a atividade industrial poluidora do meio ambiente já se viu interrompida pela definitiva decretação de falência da empresa, o deferimento de medida cautelar inominada pelo Juízo criminal (interrupção da atividade industrial) se mostraria flagrantemente desnecessária.

Veja-se que, em todos os exemplos aqui aventados (afastamento do agente público do exercício de suas funções; interrupção de atividade comercial ou industrial *etc*), as medidas inominadas podem ser também alcançadas nas esferas cível e/ou administrativa, o que, não obstante, não esvazia o interesse de sua decretação pelo Juízo criminal.

Neste particular, não se deve descurar de que o sistema adotado por nosso legislador é o da prevalência da jurisdição criminal sobre a cível, o

⁴³ Admitindo a prisão domiciliar: RT 624/342 (TJMT) e 647/285 (TJSP).

⁴⁴ Em seu clássico *O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito*, ao tratar das denominadas condição da ação - condições para o seu legítimo exercício, numa visão abstrativista - afirma ENRICO TULLIO LIEBMAN que existe o **interesse de agir** "... quando há para o autor **utilidade e necessidade** de conseguir o recebimento de seu pedido, para obter, por esse meio, a satisfação do interesse (material) que ficou insatisfeito pela atitude de outra pessoa" (**Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: José Bushastsky Editor, 1976, p. 125).

que se vê confirmado pelos arts. 1525 do Código Civil ⁽⁴⁵⁾ e 65 e 66 do Código de Processo Penal, ⁽⁴⁶⁾ devendo, ainda, ser lembrado que: **a)** a condenação criminal torna certa a obrigação de reparar o dano (art. 91 do Código Penal), ostentando a sentença criminal a qualidade de título executivo judicial (art. 584, II, do Código de Processo Civil), o que permite que a vítima, seus representantes legais ou sucessores promovam a ação de execução com vistas à efetiva reparação do dano, sendo desnecessário, quanto a este aspecto, o processo de conhecimento; ⁽⁴⁷⁾ **b)** a sentença absolutória criminal fundada no art. 386, I (*estar provada* a inexistência do fato) e V (existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena)⁽⁴⁸⁾ do Código de Processo Penal vincula o Juízo cível ⁽⁴⁹⁾ e também a esfera administrativa; ⁽⁵⁰⁾ **c)** tal somente não ocorrerá quando a absolvição criminal vier fundada no incisos II (*falta de prova* da existência do fato), III (não constituir o fato infração penal), IV (*inexistência de prova* de ter o réu concorrido para o ilícito) e VI (*inexistência de prova suficiente* para a condenação) do mesmo diploma legal. ⁽⁵¹⁾

⁴⁵ “Art. 1.525 - A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”.

⁴⁶ “Art. 65 - Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

“Art. 66 - Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

⁴⁷ Se a condenação criminal importar na aplicação de pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, o agente público, em se tratando dos chamados crimes funcionais (abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública), perderá o cargo, função pública ou mandato eletivo como efeito da condenação (art. 92, I, “a”, do Código Penal). Fora de tais hipóteses (crimes não-funcionais), a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo só se verificará se a condenação for a pena privativa de liberdade superior a quatro anos (art. 92, I, b, do Código Penal). Tanto num caso como noutro não haverá, por evidente, interesse processual em requerer-se a perda do cargo, função ou mandato na esfera cível (ação civil por improbidade administrativa – Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992) ou administrativa.

⁴⁸ Legítima defesa, estado de necessidade *etc* (art. 65 do Código de Processo Penal).

⁴⁹ O Código de Processo Penal não disciplina a hipótese de *prova cabal* da não-concorrência do réu para a prática do ilícito. A situação, no entanto, equivale à disciplinada no inciso I do art. 386 (cf. VICENTE GRECO FILHO. **Manual de Processo Penal**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 334).

⁵⁰ Tratando-se de conduta criminosa praticada por agente público mas que não configure ilícito administrativo (crimes não-funcionais), a sentença *absolutória criminal*, em qualquer hipótese, vinculará a esfera administrativa, uma vez que a competência para a valoração de tais condutas será do Poder Judiciário, com exclusividade.

⁵¹ O art. 67 do Código de Processo Penal estabelece que também não impedirão a propositura da ação civil o arquivamento do inquérito policial e a decisão que julgar extinta a punibilidade.

Tudo a demonstrar, desta forma, que, não obstante a hipótese possa demandar também a deflagração da jurisdição cível, inclusive com o manejo das ações concebidas pelo legislador para a tutela dos interesses metaindividuais (ação popular, ação civil pública e ação coletiva), **de lege lata**, o juízo formado sobre a hipótese na seara criminal é o prevalente, vinculativo do Juízo cível em diversos casos.

Em reforço ao que aqui se sustenta, ressalte-se que, ao teor do art. 110 do Código de Processo Civil, “*Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal*”,⁽⁵²⁾ entendendo TOURINHO que a suspensão do processo cível não é uma mera faculdade.

Deste modo, tem-se que a improcedência da ação cível, em hipótese alguma, vinculará o juízo criminal; o contrário (vinculação do juízo cível à sentença criminal) é que, a depender da hipótese, ocorrerá, como visto acima.⁽⁵³⁾

6. LIMITES AO PODER GERAL DE CAUTELA

Por evidente, a cláusula constitucional do *devido processo legal*, leito onde vão repousar inúmeras outras garantias também consagradas pela atual Carta Política, representará uma importante limitação ao poder geral de cautela e, de forma mais ampla, a toda e qualquer atuação do Poder Judiciário. Assim, por exemplo, somente o Juiz cuja competência tenha sido previamente estabelecida pelo legislador poderá decretar as medidas inominadas requeridas, vedada a horrenda figura do Juiz *ad hoc*. Deve-se garantir, por outro lado, que também a persecução seja promovida por Promotor de Justiça com atribuição (Promotor Natural ou Legal), garantia que se extrai dos arts. 127, § 1º, e 128, § 5º, I, da Constituição Federal e que já foi reconhecida pela Colenda Corte Suprema.⁽⁵⁴⁾ De igual forma, os atos

⁵² Pelo prazo máximo de um ano (art. 265, § 5º, do Código de Processo Civil).

⁵³ Neste sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: RHC nº 54.376/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, *RTJ* nº 79/430; RHC nº 55.795/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Soares Muñoz, *RTJ* nº 85/783; HC nº 73.372/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJU* 17.05.96, Ementário nº 1828-04.

⁵⁴ HC nº 67.759-2/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, maioria, j. 06.08.92.

processuais devem revestir-se da mais ampla publicidade, só admitida a sua restrição nos casos em que a Constituição Federal (art. 5º, LX, e art. 93, IX) e o Código de Processo Penal (art. 792, § 1º) permitem, fundamentando o Juiz todas as suas decisões.⁽⁵⁵⁾

Também o princípio da *presunção de não-culpabilidade* atuará como importante limite às cautelas atípicas, não no sentido de vedá-las, uma vez que a movimentação cautelar do magistrado não parte de uma presunção de culpa – limitada que é a resguardar a eficácia da prestação jurisdicional de mérito –⁽⁵⁶⁾ mas, isto sim, para dar o timbre de *excepcionalidade* que deve marcar o processo penal cautelar, informativo de que, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, toda e qualquer restrição de direitos do réu só será admitida em casos de extrema necessidade e na exata medida desta necessidade.⁽⁵⁷⁾

Quanto à concessão de medidas cautelares *inaudita altera pars*, também aqui a nota deve ser a de excepcionalidade, não sendo vedada, no entanto, a sua adoção quando o contraditório prévio puder importar em esvaziamento da medida. Imagine-se, por exemplo, que determinado indiciado esteja prestes a viajar para o exterior, pondo em dúvida a aplicação da lei penal. Ou que determinada clínica de venda de órgãos esteja prestes a realizar uma série de cirurgias de extração *etc.* Em tais exemplos, como parece óbvio, a vedação das decisões *inaudita altera pars* acabaria por desfigurar o próprio processo cautelar, esvaziando-o de seu escopo conservativo de eficácia prática do processo.⁽⁵⁸⁾ Em casos tais, é bom que se frise,

⁵⁵ Art. 93, IX, da Constituição Federal: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes*”.

⁵⁶ Como não se ignora, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que as prisões processuais não ofendem a garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade, até porque estão elas agasalhadas no próprio texto constitucional (art. 5º, LXI), tendo sido editada, neste sentido, a Súmula nº 9 (“*A exigência de prisão provisória para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência*”).

⁵⁷ Assim, por exemplo, o afastamento cautelar do agente público não poderá importar em prejuízo de sua remuneração. A restrição ao exercício de atividade industrial ou comercial se limitará àqueles setores que, concretamente, representem prejuízo à ordem pública *etc.*

⁵⁸ GALENO LACERDA, ao comentar o art. 804 do Código de Processo Civil, afirma que “*Se a função cautelar se justifica, exatamente, pela necessidade de pronta e eficaz segurança contra determinado risco, a tal ponto que constitui um de seus pressupostos fundamentais a existência do periculum in mora, a concessão de mandado liminar assecuratório se revela instrumento indispensável à consecução desse objetivo. Não teria sentido a preocupação em acudir à urgência do caso, se a lei não autorizasse o juiz a prover de imediato*” (**Comentários ao Código de Processo Civil** – v. VIII, t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1992, pp. 191/192), lição plenamente aplicável ao campo do processo penal.

conquanto desnecessário, não há propriamente o afastamento da cláusula do contraditório – o que não seria possível em razão do *status* constitucional do princípio – mas apenas um adiamento de seu exercício (contraditório diferido).

Não será possível a título de tutela cautelar geral, igualmente, a decretação de prisão fora dos casos, *numerus clausus*, previstos e disciplinados pelo legislador, ou seja, a decretação de *prisões atípicas*. Com efeito, sendo a liberdade um dos pilares do chamado Estado Democrático de Direito, compondo, ao lado do direito à vida, o campo mais significativo dos direitos do homem, a interpretação deve ser restritiva, não se admitindo, de maneira alguma, a criação de modalidade de restrição diversa das já disciplinadas pela lei.⁽⁵⁹⁾

Na mesma linha e pelos mesmos motivos, também não caberá a decretação de interceptação telefônica, via cautela inominada, fora das hipóteses autorizadas pela Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 (arts. 1º e 2º).

É importante ressaltar que a inadequação da cautelar atípica, nestes exemplos, resultará da impossibilidade de afastamento dos requisitos de cautelares típicas já estabelecidos, restritivamente, pelo legislador. Realmente, a disciplina legal de tais medidas – que representam inegável limitação a direitos individuais constitucionalmente tutelados – seria reduzida a nada se se pudesse, ausentes os requisitos legais, chegar ao mesmo resultado, vedado por lei, por intermédio do poder geral de cautela. Seria possível afirmar, assim, que o poder cautelar genérico do magistrado atuará apenas naqueles campos não disciplinados, em específico, pelo legislador, não sendo possível a substituição de medidas cautelares típicas pelas inominadas.⁽⁶⁰⁾

⁵⁹ “Proclama a Constituição no art. 5º, LXI, ‘que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei’. Embora a Magna Carta silencie, é indubitado que a Autoridade Judiciária competente somente poderá expedir ordem de prisão – que deve ser fundamentada – nos casos previstos em lei, mesmo porque, ainda de acordo com o art. 5º, LIV, ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’, e, com devido processo legal é garantia que compreende o direito preestabelecido, evidente que os casos de prisão são aqueles previstos no ordenamento jurídico. Cabe, pois, à lei, explicitar ‘as várias hipóteses em que é lícito decretar-se a privação da liberdade do cidadão’ (FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, **Processo Penal** – v. 3, ob. cit., p. 341). No mesmo sentido a lição de SERGIO DEMORO HAMILTON, para quem a prisão, seja ela qual for, se dará, em qualquer caso, *secundum legem*. (“Reflexões sobre o exercício da curadoria no processo penal”. In **Temas de Processo Penal**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 1998, p. 141).

⁶⁰ Cf. VICENTE GRECO FILHO, **Direito Processual Civil Brasileiro** – v. 3. 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 155. Mesmo no campo do processo civil, onde se trabalha, no mais das vezes, com direitos disponíveis, também se vem entendendo pela impossibilidade de substituição de cautelares típicas por atípicas: “Um dos limites a adstringir o poder geral de cautela do magistrado está em que, havendo um dispositivo legal específico, prevendo determinada medida com feição cautelar para conter uma ameaçadora lesão a direito, não se há de deferir cautela inominada. Se for o caso de deferi-la, devem ser observadas todas as exigências contidas naquela medida específica” (RSTJ nº 53/155 in THEOTÔNIO NEGRÃO, **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 32ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 813).

Ponto extremamente sensível diz respeito às chamadas *cautelais de ofício*, tema que não vem merecendo a devida atenção da doutrina processual penal.⁽⁶¹⁾ O que se busca indagar, aqui, é sobre a compatibilidade dessa atuação jurisdicional não provocada com o princípio *ne procedat iudex ex officio* e, de forma mais ampla, com o próprio *sistema acusatório*.

Embora a matéria merecesse uma análise mais detida, o que desbordaria dos óbvios limites do presente trabalho, pensamos que a decretação de medidas cautelares de ofício, em qualquer fase (pré-processual ou processual), se mostra incompatível com a rígida separação de funções preconizada pelo processo penal tipo acusatório, inegavelmente adotado pela atual Constituição Federal, no art. 129, I. Com efeito, ao estabelecer que a ação penal pública é da titularidade privativa do Ministério Público, buscou-se afastar o Magistrado de toda e qualquer iniciativa no que se refere à persecução penal, garantindo, assim, a sua imparcialidade, sendo imperioso que se extraia do dispositivo constitucional toda a sua potencialidade de modo que se conclua que a referida *privatividade do exercício do direito de ação* não se refere apenas às ações de conhecimento de índole condenatória, mas também às ações cautelares e de execução.⁽⁶²⁾ Temos,

⁶¹ Dentre as honrosas exceções, merecem destaque os trabalhos dos Professores SERGIO DEMORO HAMILTON (“A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia”, in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, v. 12, p. 191 e segs.), DENNIS ACETI BRASIL FERREIRA (“A prisão preventiva de ofício e o processo penal tipo acusatório”, in **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, v. 4, pp. 137/141) e GERALDO PRADO (**Sistema acusatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, pp. 159/160).

⁶² No sentido de que as cautelais de ofício no processo penal não se afinam ao sistema acusatório, confirmaram-se os trabalhos acima referidos. Quanto ao ponto de vista externado por GERALDO PRADO, discordamos, tão somente, da afirmação de que, nas ações penais de iniciativa pública, o Ministério Público e a Polícia seriam os legitimados a requererem as providências cautelares, uma vez que se a Polícia não detém a titularidade da pretensão punitiva “principal”, não pode, conseqüentemente, requerer a adoção de providência cautelar, necessariamente vinculada à pretensão punitiva da qual o *Parquet* é o titular privativo.

assim, que somente a partir de requerimento do Ministério Público⁽⁶³⁾ poderá o Juiz pronunciar-se sobre o cabimento, ou não, da cautela atípica.⁽⁶⁴⁾

Nada impede, no entanto, que, requerida a prisão preventiva de determinado policial, por exemplo, o juiz, *considerando desproporcional a medida*, decrete o seu afastamento das funções, razoável e suficiente à preservação da ordem pública ou da instrução criminal. Neste passo, não custa lembrar que uma das mais marcantes características das medidas cautelares é a sua fungibilidade,⁽⁶⁵⁾ não havendo que se falar em ferimento à imparcialidade do Magistrado uma vez que, de qualquer forma, a jurisdição cautelar foi provocada por intermédio de pedido apropriado formulado pelo titular do direito de ação.

Por último, deve também ser encarecida a impossibilidade de se obter através do processo cautelar mais do que se poderia almejar no processo principal.

De fato, soaria absurdo que por intermédio de processo acessório o titular da pretensão lograsse alcançar resultado que não comportaria acolhida em cognição principal, o que representaria, no final das contas, uma total subversão do papel destinado ao processo cautelar, mero “instrumento do instrumento”, como se costuma doutrinariamente afirmar.

Sobre o tema, merece referência a lúcida lição de VICENTE GRECO FILHO, no sentido de que “... a concessão da cautela, para que não seja abusiva, deve guardar relação lógica e de proximidade com a satisfa-

⁶³ Referimo-nos ao Ministério Público, mas nada impede que o ofendido, nas ações privadas exclusiva ou subsidiária, também formule requerimento de tal natureza. Com efeito, se pode ele requerer medida cautelar de maior gravidade (prisão preventiva, art. 312 do Código de Processo Penal), também poderá pleitear cautelas outras, não restritivas da liberdade ambulatoria.

⁶⁴ O legislador processual penal prevê diversas hipóteses nas quais o Juiz pode adotar providência que, de um modo geral, preservam a produção da prova e a própria jurisdição. Nesta linha, poderá ele, de ofício, determinar a retirada do réu da sala de audiências sempre que verificar que a sua atitude influi no ânimo da testemunha (arts. 217 e 497, VI) bem como a retirada de qualquer pessoa que ponha em risco a ordem dos atos processuais (arts. 251, 497, I, 794 e 795). Poderá, outrossim, determinar a condução de testemunhas faltosas (art. 218), aplicando-lhe multa (art. 219). São casos, no entanto, de atuação administrativa do Magistrado, não se revestindo, propriamente, de natureza cautelar, o que justifica, aqui sim, a possibilidade de atuação de ofício, até porque tais providências em momento algum colocam em xeque a sua imparcialidade.

⁶⁵ Art. 805 do Código de Processo Civil: “A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente”.

ção do direito pleiteado em caráter principal ⁽⁶⁶⁾, não se devendo descurar que, muito embora o processo cautelar persiga escopos puramente processuais, não se confundindo com o instituto da antecipação dos efeitos da tutela – vedada no processo penal –, ⁽⁶⁷⁾ o fato é que a decretação de medidas cautelares pelo magistrado importa, realisticamente, na privação do exercício de direitos, o que justifica, inclusive, o “abatimento” do período de prisão cautelar da pena definitivamente imposta ao réu.

Tal limitação pode ser inferida da própria legislação processual, bastando mencionar que o Código de Processo Penal não admite, por exemplo, a decretação de prisão preventiva nas contravenções (art. 313 do Código de Processo Penal interpretado a *contrario sensu*) ⁽⁶⁸⁾ vedando-se, de igual forma, a constrição cautelar da liberdade quando houver a probabilidade de o agente ter atuado sob o amparo de uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade (art. 314). ⁽⁶⁹⁾

É imperioso perceber, contudo, que a aludida correlação é de *mera proximidade*. Assim, só para tomarmos um exemplo, nada impede que no Juizado Especial Criminal se determine o afastamento do lar do marido que

⁶⁶ Ob. cit., p. 155.

⁶⁷ “A antecipação da tutela serve para adiantar, no todo ou em parte, os efeitos pretendidos com a sentença de mérito a ser proferida ao final. Já a cautelar visa a garantir o resultado útil do processo principal” (Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp. nº 60.607-SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. 4.9.97, não conheceram, v. u., DJU 6.10.97, p. 49.929).

⁶⁸ Nesta linha, sustenta MARCELLUS POLASTRI LIMA que a medida cautelar disciplinada no art. 294 do Código de Trânsito (“suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou proibição de sua obtenção”), por importar em restrição de direitos, só será cabível “... quando já houver a previsão das penas de suspensão de dirigir ou proibição de obtenção de licença ou habilitação cominadas ao delito, como é o caso dos arts. 302 (homicídio culposo no trânsito), 303 (lesões corporais no trânsito), 306 (embriaguez), 307 (violação da suspensão ou da proibição de se obter a permissão ou habilitação) e 308 (‘racha’ no trânsito)” (**Aspectos processuais dos crimes de trânsito**, ob. cit., p. 252).

⁶⁹ É evidente que a correlação “medida cautelar-pretensão principal” não faz nenhum sentido nas cautelares probatórias. Nos crimes que admitem a interceptação telefônica, por exemplo, não constitui efeito da condenação a limitação da privacidade das conversações telefônicas do condenado, tendo em conta a regra do art. 41, XV, da Lei de Execuções Penais. Excluídas tais hipóteses (cautelares probatórias), a correlação mostra-se inafastável.

reiteradamente agride a sua esposa, não obstante a provável substituição da futura pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos. Neste caso, suficiente será a previsão abstrata da sanção penal restritiva de liberdade para que se possa decretar o afastamento. ⁽⁷⁰⁾

7. ALGUNS ASPECTOS PRAGMÁTICOS

Decretada a cautela inominada antecipadamente pelo Juízo criminal, *de que prazo disporá o Ministério Público para o oferecimento de denúncia?* Tendo em vista que a medida, em qualquer hipótese, importará na restrição ao exercício de direitos e interesses juridicamente tutelados, representando um sacrifício, mesmo que legal, ao indiciado, cremos razoável a aplicação analógica do art. 46 do Código de Processo Penal, ou seja, o prazo para o oferecimento de denúncia será o de 5 dias, a contar da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, tomando ciência da decisão. Note-se que este é o prazo ordinário para o oferecimento de denúncia em se tratando de réu preso, não se devendo descurar que a legislação extravagante disciplina a matéria de forma diversa em muitas hipóteses. ⁽⁷¹⁾

Uma vez decretada judicialmente a medida, não nos parece possível a devolução do inquérito à autoridade policial para a continuidade das investigações, tendo em conta que o *fumus boni iuris* que leva à decretação da cautela também permite, desde logo, o oferecimento de denúncia, ⁽⁷²⁾ que requer, como é cediço, apenas a presença de indícios da existência do crime e de sua autoria (justa causa). Não oferecida a denúncia no prazo legal, cabe ao Magistrado revogá-la. Negando-se a fazê-lo, caberá ao interessado a impetração de *habeas corpus* ou de mandado de segurança, a depender da hipótese.

⁷⁰ A demonstrar a tese no campo das cautelares atípicas, bastaria aludir que o furto qualificado admite, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Nada impede, no entanto, que o juiz decrete a prisão preventiva no curso do processo para evitar o risco de fuga do réu, ou mesmo que mantenha a prisão em flagrante, que também tem natureza cautelar, pelo mesmo motivo.

⁷¹ V.g., arts. 22 e 35 da Lei nº 6.368/76; art. 13 da Lei nº 4.898/65; art. 10, § 2º, da Lei nº 1521/51; art. 4º da Lei nº 9.613/98 etc.

⁷² “Se há elementos para a decretação da prisão preventiva, deve ser oferecida denúncia. Assim, não cabe ao juiz decretá-la e deferir pedido do Promotor de Justiça no sentido da devolução do inquérito à Polícia para diligências, a não ser que seja obedecido o primeiro prazo do *caput* do art. 46 deste Código. Nesse sentido: TJSP, HC 163.504, *JTJ* 160/340” (DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS. **Código de Processo Penal Anotado**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 15).

Qual deve ser o prazo de duração da medida inominada? A jurisprudência, cuidando do período máximo de duração da prisão cautelar, convencionou o prazo de 81 dias em se cuidando do procedimento comum ordinário, ⁽⁷³⁾ o que nos parece bastante razoável, também, em se tratando das medidas cautelares inominadas. Ressalve-se, no entanto, que não há que se falar em excesso da instrução quando o extrapolar do prazo fixado pelo magistrado se der por atuação, mesmo que não dolosa, da defesa (v.g.: suscitação de incidente de falsidade documental ou de insanidade, indicação de testemunhas que devam ser ouvidas por precatória etc) ⁽⁷⁴⁾ ou por motivo de força maior. ⁽⁷⁵⁾ De igual forma, “*encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo*” (Súmula nº 52 do Superior Tribunal de Justiça).

⁷³ “O trabalho de DANTE BUSANA apresenta a forma de contagem dos 81 dias: inquérito: 10 dias (art. 10 do CPP); denúncia: 5 dias (art. 46); defesa prévia: 3 dias (art. 396); inquirição de testemunhas: 20 dias (art. 401); requerimento de diligências: 2 dias (art. 499); para despacho do requerimento: 10 dias (art. 499); alegações das partes: 6 dias (art. 500); diligências **ex officio**: 5 dias (art. 502); sentença: 20 dias (art. 800)” (DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, obra e autor citados, p. 274). O Supremo Tribunal Federal vem considerando que os prazos se contam separadamente, “... não sendo possível considerar-se que o constrangimento ilegal surja apenas quando se fizer excedido o total dos prazos, de modo que o excesso de uns possa ser compensado pela economia de outros” (RHC 48.900, DJU 24.9.71, p. 5133, *Jurisprudência-Justitia*, São Paulo, Associação Paulista do Ministério Público, 1975, I/231; RTJ 56/157; RHC 59.246, DJU 23.10.81, p. 10629; RT 555/454 e RTJ 99/647, *apud* DAMÁSIO, p. 274). Deve ser ressaltado, não obstante, que em diversas oportunidades o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que a contagem do prazo máximo da prisão processual não deve ser feita de forma rigorosa, aplicando-se o princípio da razoabilidade (HC nº 17418/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 06.09.01, un., DJU 04.02.02, p. 567; RHC nº 11520/CE, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, j. 20.11.01, un., DJU 04.02.02, p. 549; HC nº 17669/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 18.09.01, un., DJU 29.10.01, p. 232; HC nº 16021/ES, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 08.05.01, un., DJU 25.06.01, p. 213).

⁷⁴ Aplicável, aqui, *mutatis mutandis*, a Súmula nº 64 do Superior Tribunal de Justiça: “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”.

⁷⁵ “Não se justifica a concessão de *habeas corpus*, por excesso de prazo razoável, quando provado por motivo de força maior” (STJ, RHC nº 2.159-0, Rel. José Cândido, DJU 21.09.92, p. 15.706). No mesmo sentido: RSTJ 29/95; RHC nº 4.346-6, Rel. Min. Fláquer Scartezzini, DJU 13.05.95, p. 5.310.

⁷⁶ Tem-se como encerrada a instrução criminal, no procedimento comum ordinário, na chamada fase de “diligências” (art. 499 do Código).

Se decretada como forma de garantir a *instrução criminal*, uma vez colhidos os elementos que deram ensejo à medida, deve o juiz revogá-la (art. 316 do Código de Processo Penal). A mesma providência deve ser tomada se, durante o processo, desaparecem o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pressupostos não só de decretação como também de manutenção de toda e qualquer medida cautelar. Quando se tratar do resguardo da *ordem pública*, na prática, dificilmente tal motivo desaparecerá no curso do processo, o que, no entanto, não se deve aprioristicamente excluir.

Por último, cabe analisar os *meios impugnativos* das decisões relativas ao poder geral de cautela no processo penal. Cabe distinguir.

Quanto à decisão *que defere a medida*, será possível o manejo do *habeas corpus* se houver restrição ilegal ou abusiva à liberdade de locomoção (ex.: autorização para viajar, apreensão de passaporte). Não sendo o caso (v.g.: interrupção de atividade comercial ou industrial; afastamento de cargo ou função pública *etc*), cabível será a impetração de mandado de segurança,⁽⁷⁷⁾ sempre que verificada, por óbvio, ilegalidade ou excesso da decretação.

No que respeita à decisão que *nega o requerimento*, cabível será a interposição do *apelo residual* previsto no art. 593, II, do Código de Processo Penal, por se tratar – adotando-se a, *data venia*, canhestra dicção legal – de uma *decisão com força de definitiva*.⁽⁷⁸⁾ A fim de que não se

⁷⁷ Referindo-se às condições para o legítimo exercício da ação de *habeas corpus*, asseveram ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTÔNIO SCARANCA FERNANDES que “... *deve ser negado o interesse de agir, por falta de adequação, sempre que se pedir o habeas corpus para remediar situações de ilegalidade contra outros direitos, mesmo aqueles que têm na liberdade de locomoção condição de seu exercício, como v.g., o direito de freqüentar templo religioso, de ingressar em determinados locais etc. Para tais hipóteses adequado, em tese, o Mandado de Segurança, previsto na Constituição justamente para a proteção de ‘direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data’ (art. 5º, LXIX)” (Recursos no processo penal. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 352 [os grifos são do original]). A tese sendo reiteradamente adotada pelo Supremo Tribunal Federal: dentre diversos, HC nº 69.926-0/DF, DJU 25.11.1992, p. 22.073; HC nº 80.112/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, Informativo STF nº 196.*

⁷⁸ Na visão de ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*, as decisões com força de definitiva são aquelas que “... *solucionam procedimentos e processos incidentais, as terminativas (que encerram o processo sem julgamento do mérito) e, ainda, como sucede agora com a Lei nº 9.099/95, as decisões que determinam de forma definitiva a suspensão condicional do processo*” (ob. cit., p. 116), citando como exemplo as que resolvem definitivamente a respeito de medidas cautelares, que é o que se verifica no indeferimento da medida inominada.

retarde ou prejudique o oferecimento de denúncia, deve o apelo subir por instrumento, aplicando-se o art. 601, § 1º, do Código por analogia.⁽⁷⁹⁾⁽⁸⁰⁾

Ressalte-se, no entanto, que para aqueles que entendem pela não-taxatividade do rol do art. 581, possível será a interposição do *recurso em sentido estrito*, aplicando-se o art. 581, V, do Código de Processo Penal por interpretação extensiva,⁽⁸¹⁾ cabendo referir que tanto o requerimento de prisão preventiva quanto o de cautelas inominadas se incluem no mesmo tipo de pretensão (cautelar), deflagrando jurisdição de igual natureza; o que justificaria a solução extensiva, autorizada, inclusive, pelo art. 3º do mesmo diploma. A vantagem de tal caminho consiste na possibilidade de retratação pelo Juízo *a quo* (art. 589), subindo a irresignação por instrumento (art. 583).

⁷⁹ “Art. 601 - Fintos os prazos para razões, os autos serão remetidos à instância superior, com as razões ou sem elas, no prazo de 5 (cinco) dias, salvo no caso do art. 603, segunda parte, em que o prazo será de 30 (trinta) dias.

§ 1º - Se houver mais de um réu, e não houverem todos sido julgados, ou não tiverem todos apelado, caberá ao apelante promover extração do traslado dos autos, o qual deverá ser remetido à instância superior no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da entrega das últimas razões de apelação, ou do vencimento do prazo para a apresentação das do apelado.

§ 2º - As despesas do traslado correrão por conta de quem o solicitar, salvo se o pedido for de réu pobre ou do Ministério Público”.

⁸⁰ Outra solução consistiria em fotocopiar todo o inquérito, material que atuaria como “peça de informação” de modo a lastrear a denúncia.

⁸¹ A possibilidade de extensão do rol do art. 581 do Código de Processo Penal é matéria extremamente controvertida na doutrina. *No sentido de sua impossibilidade*: DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, **Código de processo penal anotado**, ob. cit., p. 395; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO. *Processo Penal* – v. 4. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, p. 272, citando as opiniões de FREDERICO MARQUES, TORNAGHI e FLORÊNCIO DE ABREU. *Contra*, admitindo-a: JÚLIO FABBRINI MIRABETE. **Código de Processo Penal Interpretado**. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 1997, pp. 725/726; ADA PELLEGRINI *et alii*. **Recurso no processo penal**, ob. cit., p. 168; VICENTE GRECO FILHO. **Manual de processo penal**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 365. Este último autor, de forma bastante esclarecedora, assevera que a interpretação extensiva “... não amplia o rol legal; apenas admite que determinada situação se enquadra no dispositivo interpretado, a despeito de sua linguagem mais restritiva. A interpretação extensiva não amplia o conteúdo da norma; somente reconhece que determinada hipótese é por ela regida, ainda que sua expressão verbal não seja perfeita”. É o que ocorre, por exemplo, quando se admite o recurso em sentido estrito, com fundamento no inciso I do art. 581, com relação à decisão que deixa de receber o aditamento à denúncia. Também quando se invoca o art. 581, V, para a hipótese de indeferimento de pedido de prisão temporária (TACrimSP, RSE 637.433, 10ª Câmara, Rel. Juiz Sérgio Pitombo, *RJDTACrimSP* 11/227, *apud* DAMÁSIO, ob. cit., p. 660). O Supremo Tribunal Federal vem admitindo a extensão do rol do art. 581 do Código de Processo Penal (*RT* 588/425, 592/441-2, 601/446, 607/410, 613/437, 626/404, 632/386, *apud* JÚLIO FABBRINI MIRABETE, ob. cit., p. 726).

De qualquer modo, considerando o que dispõe o art. 579 do Código,⁽⁸²⁾ bem como a identidade de prazos (5 dias) para a interposição tanto do apelo quanto do recurso em sentido estrito (arts. 593 e 586 da Lei de Ritos, respectivamente), é de se aplicar o princípio da fungibilidade dos recursos.⁽⁸³⁾◆

⁸² “Art. 579 - Salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro.

Parágrafo único - Se o juiz, desde logo, reconhecer a impropriedade do recurso interposto pela parte, mandará processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível”.

⁸³ “Pelo princípio da *fungibilidade*, previsto expressamente no CPP pelo art. 579, o recurso erroneamente interposto pode ser conhecido pelo outro, desde que não haja má-fé. Há, nesse caso, aproveitamento do recurso erroneamente interposto, mediante sua conversão no adequado, em homenagem ao princípio de que o processo não deve sacrificar o fundo pela forma” (ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*, obra e autores citados, p. 39). Como não se ignora, o princípio da fungibilidade pressupõe que a interposição do recurso inadequado não caracterize um *erro grosseiro* e que o recorrente não esteja agindo de má-fé, servindo-se de recurso impróprio de prazo maior em razão de sua desídia em interpor o recurso correto, de prazo menor.

Penhora de Cotas

MÔNICA GUSMÃO

*Profª de Direito Comercial da EMERJ, da EMATRA,
da AMPERJ, da FEMPERJ, FESUDEPERJ e
dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da UCAM*

INTRODUÇÃO

Penhora de cotas por dívida particular de sócio de sociedade por cotas de responsabilidade limitada é tema polêmico. Seu debate não pode ignorar a natureza jurídica da sociedade por cotas, ponto sobre o qual a doutrina diverge seriamente. Para alguns, a penhora de cotas é terminantemente vedada porque sua eventual arrematação em praça poderia implicar o ingresso do arrematante na sociedade, como sócio, e isso não é possível por tratar-se de uma sociedade de pessoas; para outros, será sempre possível porque a lei não a proíbe; para outros tantos, a penhora só será possível se o contrato social permitir a livre cessão das cotas. O que se deve levar em conta é que o devedor responde por suas obrigações com todo o seu patrimônio, presente e futuro, e não há lei proibindo a penhora de cotas nem elas se inserem no rol de bens impenhoráveis de que tratam os arts. 649 e seguintes do CPC. É disso que este estudo trata.

CONCEITO DE SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Segundo Sérgio Campinho, “o conceito da sociedade por quotas de responsabilidade limitada repousa na responsabilidade do sócio perante terceiros, credores da sociedade”. Neste tipo de sociedade, os sócios possuem responsabilidade limitada ao total do capital social, havendo solidariedade entre eles na falência, pela parte que faltar a ser integralizada no capital social. O art. 1.052 do novo Código Civil diz que “na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”.

NATUREZA JURÍDICA DA SOCIEDADE POR COTAS

As sociedades mercantis classificam-se em: de pessoas ou de capital. As primeiras se constituem em razão das qualidades pessoais dos seus

sócios, tendo estes papel determinante na formação da sociedade. O caráter personalista da sociedade veda a cessão de suas participações a terceiros estranhos. Segundo Tavares Borba “as sociedades de pessoas têm no relacionamento entre os sócios a sua razão de existir. A vinculação entre os sócios funda-se no *intuitu personae*, ou seja, na confiança que cada um dos sócios deposita nos demais”. Nas sociedades de capital, o elemento primordial é o capital com que o sócio contribui para a formação e desenvolvimento da sociedade, e não a sua pessoa, admitindo-se a livre cessão de sua participação a terceiros. Mas a *affectio societatis*, isto é, a intenção dos sócios de reunir esforços para a realização de fim comum deve estar presente tanto nas sociedades de pessoas como nas de capital, por ser considerada elemento essencial do contrato societário.

Não há consenso na doutrina sobre se a sociedade por cotas de responsabilidade limitada é de pessoas ou de capital. Nas sociedades de pessoas, as cotas representam não apenas a quantia com a qual o sócio ingressa na sociedade, mas com ele se identificam de tal forma que a saída de um ou mais sócios pode representar a dissolução da própria sociedade. A constituição da sociedade de pessoas se dá em função da pessoa dos sócios e não em atenção ao capital que integralizam para compor o quadro social. Exatamente por se terem formado em atenção à pessoa dos sócios, e não ao capital, as cotas não podem ser cedidas senão por previsão expressa no estatuto ou consentimento dos sócios remanescentes. Para quem vê na sociedade por cotas uma simples soma de capital, a pessoa dos sócios é desimportante e as cotas podem ser livremente negociadas. Parte da oscilação da doutrina sobre a natureza jurídica da sociedade por cotas advém da redação truncada do art. 18 do Dec. nº 3.708/1919¹, quando manda observar a lei das sociedades anônimas, na omissão do estatuto das sociedades por cotas.

Waldemar Ferreira e Cunha Peixoto defendem a natureza personalista da sociedade, com a aplicação do Código Comercial nas omissões do contrato social e do D. nº 3.708/19, antes da lei das sociedades anônimas. Eunápio Borges, contrariamente, defende a natureza capitalista, com a aplicação imediata da lei das sociedades anônimas em vez do Código Comercial. Fran Martins, Rubens Requião e os tribunais superiores entendem ter a sociedade por cotas natureza mista ou híbrida: a definição da natureza vai depender da análise do contrato social. O art. 1.053 do novo Código Civil diz que “a sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas das sociedades simples”. O parágrafo único deste artigo permite que o contrato social contenha norma expressa prevendo a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

¹ D. nº 3.708/19, art.18: “aplicam-se às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da Lei das Sociedades Anônimas”.

NATUREZA JURÍDICA DA COTA

Cota é a “porção ou o quantum com que cada pessoa deve entrar para a formação ou composição de uma totalidade ou de um todo”² ou “a entrada ou contingência de bens, coisas ou valores com o qual cada um dos sócios contribui ou se obriga a contribuir para ao formação do capital social”³. Carvalho de Mendonça entende que a natureza jurídica da cota deve ser vista sob um duplo aspecto: o de direito patrimonial e o de direito pessoal. O direito patrimonial confere ao sócio o direito de participar dos lucros sociais e da partilha quando da dissolução da sociedade. O direito pessoal é o que atribui ao sócio esta condição, conferindo-lhe direitos inerentes ao seu *status*.

CO-PROPRIEDADE DA COTA

O art. 6º do D. nº 3.708/19 permite a co-propriedade da cota, dispondo que “devem exercer em comum os direitos respectivos os co-proprietários da cota indivisa, que designarão entre si, um que os represente no exercício do direito de sócio”. Esta regra é prevista pelo art. 1.056 do CC/2002, dispondo “a quota é indivisível em relação à sociedade, salvo para efeito de transferência, caso em que se observará o disposto no artigo seguinte”. A co-propriedade da cota não a torna indivisível perante a sociedade pois qualquer co-proprietário pode ser acionado pela sociedade para integralizar o valor devido. Eunápio Borges entende que “perante a sociedade respondem os co-proprietários solidariamente pela integralização da cota”. O art. 1.056 do novo Código Civil dispõe que a quota é indivisível em relação à sociedade, salvo para efeito de transferência, havendo solidariedade entre os condôminos pelas prestações necessárias à integralização. No condomínio da quota os direitos a ela inerentes somente podem ser exercidos pelo condômino representante, ou pelo inventariante do espólio do sócio falecido.

CONTROVÉRSIAS SOBRE A PENHORA DE COTAS

Não é pacífico o entendimento de que as cotas sociais sejam penhoráveis por dívida particular do sócio. Depende do entendimento que se tenha da natureza jurídica da sociedade por cotas (se de capital ou de pessoas) a que o sócio devedor pertença. Uma primeira corrente defende

² Plácido e Silva.

³ Cf. Egberto Lacerda Teixeira.

a livre penhora de cotas, com o ingresso do arrematante na sociedade na condição de sócio. Seus adeptos sustentam que o caráter da sociedade por cotas é capitalista e a quota não se acha no rol de bens impenhoráveis do art. 655 do Código de Processo Civil. Por remate, ensinam que o inciso X do art. 655 do CPC permite a penhora de direitos, no qual a cota se inclui. Eunápio Borges acrescenta em favor da penhorabilidade das cotas que tudo o que é cessível ou alienável é penhorável. A segunda corrente entende impossível a penhora de cotas porque a sociedade por cotas tem caráter pessoal. Quem a advoga, sustenta que o patrimônio da sociedade não se confunde com o dos sócios e as cotas integram o patrimônio da sociedade. Uma terceira corrente entende impossível a penhora sobre a cota, mas admite a penhora dos fundos líquidos do sócio devedor, preservando-se o caráter pessoal da sociedade. Por último, uma quarta corrente permite a penhora se o contrato de constituição da sociedade contiver previsão expressa de cessão livre das cotas. Firma-se no caráter capitalista da sociedade. O art. 1.057 do novo Código Civil dispõe que “*na omissão do contrato, o sócio pode ceder a sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de ¼ (um quarto)*”. Temos defendido a possibilidade da penhora de cotas, facultando-se à sociedade o direito de remir a execução, bem como o direito de preferência dos sócios na aquisição das cotas do sócio executado, sendo este o entendimento atual das 3ª e 4ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça, *litteris*:

“SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL.

1- As cotas sociais podem ser penhoradas, pouco importando a restrição contratual, considerando que não há vedação legal para tanto e que o contrato não pode impor vedação que a lei não criou. 2- A penhora não acarreta a inclusão de novo sócio, devendo ser facultado à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou conceder-se a ela e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas, a tanto por tanto (CPC, arts. 1.117, 1.118 e 1.119), como já acolhido em precedente da Corte. 3 - Recurso especial não conhecido” (3ª Turma do STJ, RESP 234391/MG).

“PROCESSO CIVIL E DIREITO COMERCIAL. PENHORABILIDADE DAS COTAS DE SOCIEDADE DE RESPONSABILIDADE LIMITADA POR DÍVIDA PARTICULAR DO SÓCIO. CPC, ART. 591. DOUTRINA. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. 1- A penhorabilidade das cotas pertencentes

ao sócio de sociedade de responsabilidade limitada, por dívida particular deste, porque não vedada em lei, é de ser reconhecida, com sustentação, inclusive, no art. 591, CPC, segundo o qual “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens, presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”. II- Os efeitos da penhora incidente sobre as cotas sociais não de ser determinados em atenção aos princípios societários. Assim, havendo restrição ao ingresso do credor como sócio, deve ser facultado à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou conceder-se a ela e aos demais sócios a preferência na aquisição de cotas, a tanto por tanto (CPC, arts. 1117,1118 e 119), assegurado ao credor; não ocorrendo a solução satisfatória, o direito de requerer a dissolução total ou parcial da sociedade. (4ª Turma do STJ, RESP 147546/RS).

A PENHORA DE COTAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Inexplicavelmente, o novo Código Civil não dispôs sobre a penhora de cotas. As sociedades limitadas, na omissão do capítulo que as regula, regem-se pelas normas das sociedades simples, podendo o contrato social permitir, expressamente, a aplicação supletiva das regras das sociedades anônimas (Lei n. 6.404/76). O art. 1.026 do CC/2002 permite que o credor particular de sócio possa fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade ou na parte que lhe tocar em liquidação, na insuficiência de outros bens do devedor. Caso a sociedade não esteja dissolvida, poderá requerer a liquidação da cota do sócio devedor, cujo valor deverá ser depositado no juízo da execução em até noventa dias após aquela liquidação. Na verdade, o que a nova lei admite é a liquidação da cota do sócio devedor. Não permite a sua penhora nem a arrematação por terceiros. Defendemos não ser este o melhor entendimento porque a penhora de cotas já é admitida pelo STJ tanto nas sociedades de capital como nas de pessoas, ressaltando-se, quanto a estas, o direito de remição da execução, pela sociedade, ou o direito de preferência dos demais sócios na arrematação das cotas do sócio devedor, caso queiram impedir o ingresso de terceiros. Esta é, suponho, a conclusão que a doutrina e a jurisprudência continuarão referendando.

CONCLUSÃO

Conquanto o novo Código Civil tenha guardado sobre ponto tão relevante um incômodo silêncio, fato é que a lei nunca proibiu a penhora de cotas nem as incluiu no rol de bens impenhoráveis de que tratam os arts. 649

e seguintes do CPC. A doutrina é que se ocupou de vedar a constrição, neste ou naquele caso. Como o devedor responde pelas obrigações com todos os seus bens, presentes e futuros (CPC, art. 591), e não há restrição legal para a penhora das cotas, estas, como qualquer outro bem aos quais a lei não empreste privilégio, integram o patrimônio do devedor e também respondem pelas obrigações do sócio no inadimplemento da obrigação. A restrição que se faz à penhora de cotas condicionando a sua possibilidade à previsão expressa nos atos constitutivos da sociedade põe o contrato acima da lei, permitindo que as partes, em um negócio privado, restrinjam onde a lei não restringiu. A jurisprudência atual e o fato de o novo Código Civil permitir a cessão de cotas na omissão contratual autorizam à conclusão de que não há vedação legal que impeça a penhora sobre as cotas do sócio devedor por dívida particular, só se admitindo o ingresso do arrematante na sociedade caso sua natureza jurídica permita. Em caso contrário, faculta-se à sociedade remir a execução na condição de terceira interessada, remir o bem ou exercer o direito de preferência com os demais sócios. Caso esses direitos não sejam exercidos, é possível o ingresso do terceiro arrematante na sociedade, ou a opção pelo recebimento de seus haveres com a dissolução (parcial ou total) da sociedade. ◆