

REVISTA

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

ISSN 1415-4951
(versão impressa)



Vol. 9 - Nº 34 - 2006



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 9 - n. 34 - 2006

Abril/Maio/Junho

Rio de Janeiro

© 2006, 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. Sergio 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: Divisão de Publicações da EMERJ

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); *Editoração:* Valéria Monteiro de Andrade; *Capa:* André Amora; *Revisão ortográfica:* Suely Lima, Thereza Andrade e Wanderlei Lemos.

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Impressão: Venus Luar Artes Gráficas Ltda.

Tiragem: 4.000 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 - EMERJ, 1998.	Rio de Janeiro:
v.	
Trimestral - ISSN 1415-4951	
V. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana	
Número Especial 2003. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho 2002.	
Número Especial 2004. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.	
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) 2588-3400 / 2588-3471 / 2588-3376 - Fax: (21) 2533-4860

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



Diretoria da EMERJ

Diretor-Geral

Des. Paulo Roberto Leite Ventura

Conselho Consultivo

Des. Roberto Wider

Des. Ronald dos Santos Valladares

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des. Murilo Andrade de Carvalho

Des. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Presidente da Comissão Acadêmica

Des. Newton Paulo Azeredo da Silveira

Presidente da Comissão de Iniciação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Des. Índio Brasileiro Rocha

Coordenador dos Núcleos de Representação e da Revista da EMERJ

Des. Décio Xavier Gama

Secretária-Geral de Ensino

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Assessora do Diretor-Geral

Maria Alice da Cruz Marinho Vieira



Apresentação

Não muito distante de completar o período inicial de 10 anos de sua existência, a REVISTA DA EMERJ sofreu a sua primeira turbulência com a mudança de sua gráfica editora. Desde o seu número 1, em 1997, vencemos com relativa tranquilidade, as poucas alterações nos procedimentos necessários, de reunião dos artigos de professores em primeiro lugar, e de editoração em geral, com o preparo de índices e remessa em tempo hábil à gráfica da edição eletronicamente pronta, de modo a não haver atraso na distribuição. A rotina de uma boa convivência com a primeira gráfica por longo tempo, em trabalho que nunca mereceu do nosso corpo editorial e da Direção da Escola qualquer reparo, nos fez tomar cuidado com a mudança.

Se não é próprio entender-se como turbulência a alteração de uma rotina que perdurou por seus 32 números iniciais, sem transtornos e com a pontualidade de sua primeira gráfica, a cada trimestre, podemos assegurar que não foi sem alguma preocupação que superamos aquela fase e seguimos adiante.

Nossa Revista prossegue, portanto, com normas traçadas desde o seu início, de divulgar os trabalhos acadêmicos de seus professores, de magistrados em geral, de promotores e Defensores Públicos, bem como de advogados com certa experiência no ensino jurídico nas áreas de Faculdades de Direito, Doutorado e Mestrado. Evitamos a publicação de trabalhos realizados em função desses excelentes cursos, tais como monografias, pesquisas ou ensaios, por mais credenciados que se apresentem e possam honrar a nossa Revista. Os inconvenientes da extensão desses estudos e pesquisas, com indicação bibliográfica, acabariam por ocupar espaço de outros artigos de magistrados ou professores, dado que dispomos de páginas limitadas em nossas edições. Lamentamos, por isto, não poder atender aos que apresentam trabalhos daquela natureza.

Recordamos, também, as consultas recebidas com frequência sobre realização de assinaturas da Revista, e até mesmo inda-

gações sobre a possibilidade de serem realizadas vendas avulsas ou doação da publicação. Como já esclarecemos em vezes anteriores e em inúmeras respostas a *e-mails* de interessados, ainda não nos foi possível adotar esse sistema de distribuição, seja pela sua tiragem de apenas 4.000 números que circulam entre nossos estagiários, em primeiro lugar, seja pela natureza cultural da Revista, que deve ser distribuída a Faculdades de Direito, aos Tribunais do País e a bibliotecas jurídicas, inclusive a da EMERJ, onde poderá sempre ser consultada. Poderemos, atender, no entanto, por *e-mails*, pedidos de cópias de artigos já publicados na Revista.

Décio Xavier Gama
Desembargador Coordenador da REVISTA DA EMERJ

SUMÁRIO

Direito da Empresa em Crise: A Nova Lei de Recuperação da Empresa 17

Jorge Lobo

Procurador de Justiça e Professor de Direito Empresarial.

1) A Lei nº 11.101, de 9.02.05. 2) “Céticos e crentes”. 3) Quem deve ganhar. 4) A Falência do Direito Concursal clássico. 5) Natureza, fundamentos e princípios do “Direito da Empresa em Crise”. 6. Noções gerais sobre a LRFE. 6.1. Estrutura e sistemática interna. 6.2. Inovação. 6.3. Lei de ordem pública. 6.4. Caráter publicístico. 6.5. Equilíbrio entre o Direito e a Economia. 6.6. Judicialidade. 6.7. Procedimentos, preliminar, preparatório e de execução. 6.8. Objetos e fins da ação de recuperação judicial. 6.9. Órgãos de recuperação judicial. 6.9.1. O Juiz. 6.9.2. O Ministério Público. 6.9.3. A Assembléia geral de credores. 7. Ponderação de fins e de princípios.

A Nova Execução. Primeira Parte: A liquidação. Artigos 475A a 475H, do CPC. Lei nº 11.231, de 23/12/2005 39

Wilson Marques

Desembargador aposentado do TJ/RJ e Professor de Direito Processual Civil da EMERJ.

Liquidação. Conceito. Generalidades. Casos em que o Juiz pode proferir sentença ilíquida. Pedido genérico na ação de indenização de danos morais. Inexeqüibilidade da sentença ilíquida. Liquidação de título extrajudicial. Natureza jurídica da liquidação. Legitimação para requerer a liquidação. Limites da liquidação. Excesso de liquidação e excesso de execução. Liquidação e coisa julgada. Conseqüências da falta de liquidação. Liquidação frustrada. Momento em

que pode ser requerida a liquidação. Modalidades de liquidação. Memórias de cálculo. A liquidação por arbitramento: cabimento e procedimento. A liquidação por artigos: cabimento e procedimento. Cumprimento da sentença na pendência do agravo de instrumento interposto contra a decisão de liquidação. Liquidação, custas e honorários advocatícios. Direito intertemporal.

Breves Considerações sobre a Nova Sistemática do Agravo de Instrumento 60

Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos

Desembargador do TJ/RJ.

1. Introdução. 2. A nova sistemática da Lei nº 11.187/2005 e a conversão do Agravo de Instrumento em retido. 3. O recurso cabível. 4. O “poderá” e o “deverá”. 5. O cabimento, ainda, do Mandado de Segurança. 6. O espírito da reforma é o da celeridade e o da efetividade do processo. 7. Conclusão.

A Irretroatividade das Normas 65

Marcelo Leonardo Tavares

Juiz Federal e Professor da EMERJ.

1. Introdução. 2. A irretroatividade das normas no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Vigência e eficácia das normas. 4. Irretroatividade: regra ou princípio? 5. A irretroatividade das normas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 6. Conclusão.

O Nepotismo no Judiciário (Carta para Bete) 97

Jessé Torres Pereira Junior

Desembargador do TJ/RJ.

Essa carta pretende homenagear os funcionários da Justiça que não se acomodam no exercício de cargos em comissão ou funções gratificadas, nem se valem da autoridade daqueles com quem trabalham para desviarem-se do

interesse público, a que servem com modelar competência, recato e despojamento.

Se a Lei Ceder

103

Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Desembargador do TJ/RJ. Ex-presidente da AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros.

A recente decisão plenária do STF sobre a validade constitucional da Resolução nº 7 do CNJ que veda a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. O voto vencido do Ministro Marco Aurélio, que não diverge quanto à vedação do nepotismo proclamado pela maioria, mas defende o concurso público como o caminho certo para admissão de funcionários. Contudo, o voto não reconheceu o poder normativo do CNJ de editar resoluções com força de lei. A lição de Norberto Bobbio em seu texto de 1977 “Se a lei ceder”. A Emenda Constitucional nº 45, que fixou a competência do CNJ em seu art. 4º, não deu aquele poder normativo ao CNJ. A própria AMB em 1999 propôs a medida, que seria adequada, mas para todos os três poderes. Na verdade, o STF cedeu a pressões da mídia pelo sentido do populismo.

Poder Normativo da Justiça da Infância e da Juventude

109

Guaraci de Campos Vianna

Juiz da Infância e da Juventude da Comarca da Capital e Professor da EMERJ. Professor Universitário.

I - Atividade do Juiz e do Juízo; II - Atividades anômalas na Justiça da Infância e da Juventude; III - Atividades judiciais do judiciário; IV - Tipos de processos e de procedimentos que tramitam na Justiça da Infância e da Juventude; V - Poder Normativo da Justiça da Infância e Juventude como prevenção; VI - Legalidade.

Por que os Bancos Teimam em Cobrar Juros Capitalizados? 142

Marcos Cavalcante de Oliveira

Advogado e Professor de Direito Empresarial. Conferencista da EMERJ.

1. Um caso de desordem dissociativa de identidade. 2. Explicitando os conceitos. 3. Argumentos financeiros a favor da capitalização nos empréstimos bancários. 3.1. Distinção dos prazos de apuração e pagamento dos juros. 3.2. Bancos como meros intermediários dos fluxos financeiros. 3.3. Demanda dos investidores. 3.4. Proteção contra riscos. 3.5. Exigências fiscais e regras contábeis. 3.6. Prática generalizada no mercado financeiro nacional e internacional. 4. Argumentos jurídicos a favor da capitalização nos empréstimos bancários. 4.1. Período anterior a 1933. 4.2. Período de proibição geral. 4.3. Regime jurídico aplicável às instituições financeiras após 1964. 4.4. Evolução legislativa que veio a admitir a capitalização dos juros. 4.5. Regime jurídico em vigor. 5. Argumentos políticos a favor da capitalização nos empréstimos bancários. 5.1. A capitalização é necessária para evitar entraves ainda maiores à expansão do crédito na economia nacional. 5.2. A capitalização é essencial para o equilíbrio atuarial da previdência complementar. 5.3. A capitalização é necessária para a defesa dos clientes.

A Transação Penal Brasileira (art. 76, da Lei nº 9.099/95): Seu Delineamento Legislativo e sua Inserção no Contexto das Resoluções Alternativas de Litígios em Matéria Penal 169

Alexander Araújo de Souza

Promotor de Justiça no Rio de Janeiro. Professor de DPP da EMERJ - Mestre em DPP pela UERJ.

1. A resolução alternativa dos conflitos em matéria criminal: dados do direito estrangeiro. 2. A transação penal no

contexto das resoluções alternativas de litígios em matéria penal. 3. Delineamento legislativo da transação penal. 3.1. Âmbito da incidência. 3.2. Natureza jurídica. 3.3. O Ministério Público e a iniciativa da proposta. 3.4. Condições para o oferecimento da proposta de transação. 3.5. A aceitação da proposta. 3.6. A homologação do acordo. 3.7. O descumprimento do acordo homologado. 4. Conclusões.

O Ministério Público e Tutela Jurisdicional Coletiva dos Idosos 199

Robson Renault Godinho

Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro e Mestre em DPC pela PUC/SP.

1. Introdução. 2. A Tutela jurisdicional coletiva. 3. O sistema processual coletivo. 4. Direitos transindividuais: os direitos individuais homogêneos. 5. A legitimidade ativa nas ações coletivas. 6. A legitimidade do Ministério Público nas ações coletivas. 6.1. Panorama doutrinário. 6.2. Panorama jurisprudencial. 7. A defesa coletiva dos direitos dos idosos pelo Ministério Público. 7.1. A questão previdenciária. 7.2. Outros aspectos processuais do Estatuto do Idoso. 7.3. Atribuição e Competência. 8. O Ministério Público, a tutela coletiva de direitos e o acesso à justiça.

A Incidência da Lei nº 10.259/01 no Juizado Especial Criminal do Estado do Rio de Janeiro 250

Cláudio Calo Sousa

Promotor de Proteção aos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, no Estado do Rio de Janeiro. Professor da EMERJ, da FGV e da Escola do MP no Rio de Janeiro.

I. Intróito. II. Dois conceitos da infração penal de menor potencial ofensivo? III. Do suposto vício de inconstitucionalidade do artigo 20 da Lei nº 10.259/2001. IV. Dos crimes que possuem procedimento especial para processo e julgamento. V. Conclusão.

Arbitragem e Tutela do Consumidor

261

Fabio Costa Soares

Juiz de Direito do TJ/RJ, Mestre em Direito Processual e ex-Promotor de Justiça do RJ.

1. Introdução. 2. A busca por meios alternativos de solução de conflitos: a arbitragem. 3. A arbitragem e a tutela do consumidor. 3.1. Cláusula compromissória: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, artigo nº 51, inc. VII. 3.2. Compromisso arbitral e lides de consumo. 4. Conclusão.

Seguro: Prêmio versus Indenização

276

Luis Camargo Pinto de Carvalho

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O freqüente engano de se utilizar a palavra prêmio por valor do capital segurado, ou *vice-versa*. Antigo é o significado de prêmio como sendo a quantia paga pelo segurado à seguradora quando celebra o contrato; não se atribuir a tal expressão o sentido de indenização recebida. A lição do Professor Jorge Americano em obra de 1962. O que dizem os dicionaristas, inclusive HOUAISS. Clóvis assegura que “prêmio é a soma que o segurado paga ao segurador” como compensação da responsabilidade que ele assume pelos riscos. “É a prestação do segurado no contrato de seguro” (Código Civil Comentado - 1ª Ed. Francisco Alves, Rio).

Denúnciação da Lide e Responsabilidade Objetiva nas Concessões de Transporte Público

284

Antonio Aurélio Abi Ramia Duarte

Juiz de Direito do TJ/RJ e Conferencista da EMERJ.

1. Introdução. 2. A realidade dos casos postos em julgamento. 3. O aspecto constitucional das concessões e da aplicabilidade do CDC ao transporte público. 4. Conclusões.

Um Esboço da Teoria Geral dos Atos de Comunicação no Processo Penal 295

Bernardo Montalvão Varjão Azevedo

Professor de Direito Penal e de Processo Penal na U.C. de Salvador e de Processo Penal das Escolas do MP e da Magistratura da mesma cidade.

1. Da intimação e notificação - introdução. 1.2. Dos pressupostos e requisitos dos atos de comunicação. 1.3. Das finalidades e fundamentos dos atos de comunicação. 1.4. Da distinção entre a intimação e a notificação. 2. Qual o destinatário da notificação e ou da intimação.

Considerações sobre a Regra do Art. 285-A do CPC e o Julgamento de Mérito Liminar 304

Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

Juiz de Direito da 21ª Vara Cível e Auxiliar da 3ª Vice-Presidência do TJ/RJ.

Vigência a partir de 90 dias da sua publicação. Objetivo de acelerar a prestação jurisdicional. Improcedência do pedido antes da citação. Matéria apenas de Direito e prévia decisão sobre casos idênticos. Identidade de questão jurídica e julgamento anterior no mesmo juízo. E se a decisão do mesmo juízo tiver sido proferida por outro magistrado? Impossibilidade de condenação do réu em honorários de advogado. Cabimento de recurso de apelação. Juízo de retratação.



Colaboraram Neste Número

Alexander Araujo de Souza, 169

Antonio Aurélio Abi Ramia Duarte, 284

Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo, 295

Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos, 60

Cláudio Calo Sousa, 250

Fábio Costa Soares, 261

Guaraci de Campos Vianna, 109

Jessé Torres Pereira Júnior, 97

Jorge Lobo, 17

Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, 103

Luís Camargo Pinto de Carvalho, 276

Marcelo Leonardo Tavares, 65

Marcos Cavalcante de Oliveira, 142

Robson Renault Godinho, 199

Sergio Ricardo A. Fernandes, 304

Wilson Marques, 39



Direito da Empresa em Crise

A nova Lei de Recuperação da Empresa

Jorge Lobo

*Procurador de Justiça e Professor de Direito
Empresarial.*

1. A LEI Nº 11.101, DE 09.02.05

Após mais de onze anos de tramitação no Congresso Nacional, o Poder Executivo promulgou a Lei nº 11.101, de 09.02.05, "que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária" - "LRFE", passando o Brasil a integrar seletos grupos de países em que se prioriza a reestruturação, o saneamento, a recuperação e o desenvolvimento das empresas em crise econômica e financeiramente viáveis, ao invés da venda, em público leilão, a qualquer preço, dos bens que possuem para pagamento aos seus credores.

A incorporação ao direito positivo brasileiro do "Direito da Empresa em Crise" trará enormes benefícios para as micro, pequenas, médias e macro sociedades empresárias em momentâneas dificuldades econômico-financeiras e/ou estruturais e/ou administrativas e/ou operacionais e/ou societárias, que exploram atividades industriais, comerciais e de prestação de serviços no país, como diligenciarei demonstrar neste estudo¹

¹ Observo, desde logo, que o estudo se limitará ao instituto da recuperação judicial.

Antes, porém, permito-me reproduzir, em parte, o artigo "Céticos e Crentes", de minha autoria, publicado no jornal *Valor*, edição de 21.07.2004, sob o título "A nova proposta de recuperação de empresas no Brasil", em que procurei resumir os pontos de vista antagônicos dos estudiosos da novel legislação.

2. "CÉTICOS E CRENTES"

"Os céticos - e são a maioria, pelo menos por enquanto - declaram que:

(1ª) a ação de recuperação judicial é exatamente igual à arcaica concordata preventiva, com outra denominação e 'roupagem';

(2ª) o instituto da recuperação não 'deu certo' nem nos EUA, onde surgiu, em 1978, nem na França, com a Lei 98-95, aperfeiçoada em 1994, apesar dos esforços de seus acólitos;

(3ª) a recuperação judicial é onerosa e complexa, defeitos insanáveis que a comprometem de forma irremediável;

(4ª) o Poder Judiciário não está preparado para aplicar a LRFE por carecer de juízes com tempo disponível e pleno domínio da matéria, em que os aspectos econômicos prevalecem sobre os jurídico-formais, além de não contar com infra-estrutura e corpo técnico capacitados a auxiliá-los no exame e decisão sobre o plano de reorganização, particularmente quanto à viabilidade econômico-financeira da empresa;

(5ª) no nosso país, o devedor quer sempre pagar o menos possível, a 'perder de vista', e o credor quer receber o máximo rapidamente, o que se choca com o espírito da lei, que busca a conciliação e a composição dos interesses em conflito;

(6ª) a obrigatoriedade da juntada de certidões negativas de débitos tributários até a prolação da sentença concessiva da recuperação, e o fato de a União, estados e municípios não poderem perdoar, nem total, nem parcialmente, as dívidas fiscais, mas apenas concederem parcelamentos, dificultará sobremaneira a salvação da empresa em crise;

(7ª) o estado de crise econômica das empresas é, na imensa maioria dos casos, motivado por problemas gerenciais, os quais a LRFE não resolve, porque os administradores são mantidos em seus

cargos e funções durante o processamento da ação de recuperação judicial, salvo se ficar constatado que deram azo à debacle;

(8^o) somente a empresa está legitimada a requerer a recuperação, o que é péssimo, pois na maioria das vezes o faz tardiamente, razão pela qual os trabalhadores e os credores também deveriam poder pleiteá-la;

(9^o) é mais rápido e eficiente liquidar a empresa combatida e vender seus ativos para as suas concorrentes, que também absorverão os empregados, do que salvar um 'corpo enfermo';

(10^o) na nova lei, que tem caráter publicístico, na qual se prioriza a salvaguarda da empresa, dos empregos dos trabalhadores e dos interesses dos credores e da coletividade, a atuação do Ministério Público é residual e insignificante, na contramão da Constituição Federal de 1988, que lhe garantiu novas atribuições e poderes, cuja execução e exercício têm sido notáveis, conforme noticiado quase diariamente pela mídia.

Os crentes - ainda poucos, mas otimistas - afirmam que:

(1^a) estamos no 'fundo do poço' em matéria de Direito Falimentar, e qualquer novo instituto é melhor do que a superada concordata preventiva;

(2^a) após longa tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, temos uma lei que rivaliza com os melhores diplomas legais do mundo, quiçá os supera, por ser mais inovadora;

(3^a) a LRFE alberga múltiplos interesses - da empresa, empregados, credores, coletividade, interesse público e social - ao invés apenas dos interesses do devedor e seus credores;

(4^a) ao alinhar, como principais finalidades, atender os direitos e interesses da empresa, dos empregados e dos credores, a LRFE dá um gigantesco passo à frente em relação à atual concordata preventiva e significativo avanço em relação às demais legislações, inclusive a americana, a francesa e a alemã;

(5^a) ao prever a participação dos credores no exame, discussão e elaboração do plano de reestruturação da empresa, a LRFE deixa de ser um artificial 'benefício ou favor legal', e passa a ser um instrumento eficaz de reorganização da empresa, no qual os credores terão papel decisivo;

(6º) salta aos olhos que é melhor reestruturar, sanear e recuperar a empresa econômica e financeiramente viável do que quebrá-la, liquidá-la e extinguí-la;

(7º) o instituto da recuperação é uma evolução - não uma má cópia - da concordata preventiva;

(8º) o Judiciário e o Ministério Público, dado o caráter publicístico e não privatístico da lei, têm importantes papéis a cumprir;

(9º) a falência, para o devedor, é o 'fim da linha', a ruína econômica e moral, e, para os credores, a perda de dinheiro e do cliente, enquanto a recuperação é uma oportunidade concreta de o devedor reerguer-se e saldar suas obrigações e dívidas;

(10º) a recuperação extrajudicial, remédio simples, prático, econômico e rápido, será a solução para muitas micro, pequenas, médias e até grandes empresas."

3. "QUEM DEVE GANHAR"

PLATÃO, ao discorrer sobre a questão fundamental da teoria do Estado, indagou: "Quem deve governar?" "A maioria, a minoria, as elites, os eleitos?" A resposta, que ressoa até hoje: os sábios, as elites, a aristocracia, daí a origem do governo aristocrático-absolutista.

ROUSSEAU, muitos séculos após, ao urdir a sua teoria da democracia, declarou que "quem deve governar" "é a vontade coletiva", a maioria, as massas, e não a minoria, as elites.

MARX, ao enfrentar o tema, pregou, com ênfase, que a maioria (de proletários) e não a minoria (de capitalistas) deve governar.

Vê-se, portanto, que, ao longo da História da Filosofia, variaram, profundamente, as respostas à mesma pergunta, assim como, no decorrer da História do Direito Comercial, radicalmente diferentes e, por vezes, conflitantes, foram as reações ao fenômeno patológico da falência e as respostas à questão: "insolvente o devedor, quem deve ganhar?"

No início da Civilização Romana, como, de resto, na de diversos povos da Antiguidade, o devedor, sujeito a uma execução privada de índole penal, ficava à mercê do credor, que podia dispor do seu corpo e da sua vida, eis que a obrigação era um vínculo estrita-

mente pessoal, direito do credor contra e sobre a pessoa física do devedor.

Ao doutrinar sobre a execução dirigida pelo credor contra o devedor, ALFREDO BUZUID destacou: "... se o executado não satisfizesse o julgado e se ninguém comparecesse para afiançá-lo, o exequente o levava consigo, amarrando-o com uma corda, ou algemando-lhe os pés... Durante a prisão era levado a três feiras sucessivas e aí apregoado o crédito. Se ninguém o salvasse, era aplicada ao devedor a pena capital... Havendo pluralidade de credores, podia o executado na terceira feira ser retalhado"².

O poder de vida e de morte do credor sobre o devedor insolvente desapareceu em 428 a.C. com a *lex poetelia-papiria*, quando o patrimônio, e não a pessoa do devedor, passou a responder por suas dívidas, embora, encerrada a execução dos bens e não paga a totalidade das dívidas, o devedor fosse penalizado com a "nota de infâmia".

A propósito desse estigma, SOARES DE FARIA ensinou: "... mesmo depois que desapareceram as penas corporais, e que uma legislação mais humana suavizou o regime rigoroso das primeiras leis romanas, a 'nota de infâmia' marcava, como ferro em brasa, o devedor: adería ao falido como a carne ao osso. Falência e falido sugeriam para logo a idéia de fraude. A falência cobria o devedor de desprezo e ridículo, e sobre sua cabeça caía o ódio do credor prejudicado"³.

Essa "nota" ou "pena de infâmia" acompanhou o devedor insolvente, comerciante e não-comerciante, até a Idade Média, pois ao falido, nas categóricas palavras de RUBENS REQUIÃO,⁴ "se reservava toda a sorte de vexames, que o tornava um réprobo social", razão pela qual se diz amiúde que na Itália, na França e na Inglaterra do Período Medieval, o Direito Falimentar se caracterizava pelo nítido objetivo de punir com sanções humilhantes o devedor impontual, conforme se depreende da célebre fórmula *fallite sunt fraudatores*

² Do concurso de credores no Processo de Execução. São Paulo, Saraiva, 1952, p. 43, nº 3

³ Da concordata preventiva da falência, São Paulo, Saraiva, 1932, p. 10, nº 1

⁴ Curso de Direito Falimentar. São Paulo, Saraiva, 1975, v. I, p. 9

e da conhecida e divulgada expressão *fallitui ergo fraudator* cunhada por BALBO.

Não obstante mitigado nas legislações modernas, prossegue o ilustre SOARES FARIA, "nem por isso perdeu o instituto da falência seu caráter repressivo: desaparecido o costume de estigmatizar o falido, expondo publicamente, com sinais materiais e externos, o seu infortúnio, nem por isso desapareceu o caráter infamante que acompanha a falência, como a sombra o corpo, e não raro vemos manifestar-se, com acentuada insistência, o regresso à fórmula de BALBO, dominante na Idade Média, para a qual falência e fraude são expressões correlatas"⁵.

Aos poucos, todavia, e particularmente no auge da II Revolução Industrial, constatou-se que nem sempre, quiçá a maioria das vezes, a derrocada do devedor - já aí transformado em empresa, ainda que micro, pequena e média, em sua imensa maioria - não provinha de artifícios fraudulentos ou escusos, não tinha a finalidade de lesar ou prejudicar credores, não visava ao enriquecimento ou ao locupletamento indevido e ilegal do devedor, mas era decorrência natural de negócios arriscados, empreendidos por pessoas sérias, probas e trabalhadoras, porém sem experiência e capacidade, em um mercado incipiente e em constante e ininterrupta e frenética transformação.

Por isso, quase todos os países, diante do insolvente "sem culpa", tão vítima dos fatos e das circunstâncias quanto seus credores, procuraram proteger e auxiliar o devedor honesto e de boa fé: de início, através da "moratória da falência" e da "adjudicação de bens", e depois, a partir da segunda metade do século XIX e, sobretudo, durante o século XX, através da "concordata preventiva da falência", da "falência com continuação de negócios" e da "concordata suspensiva da falência", quando, então, passaram a coexistir, em geral regulados no mesmo diploma legal, dois institutos diferentes por sua natureza, fundamentos e objetivos, um - a falência ou quebra ou bancarrota -, com a finalidade única de proceder à arrecadação, avaliação e alienação dos bens do devedor para pagar aos seus

⁵ Ob. cit., p. 11, nº.1

credores; outro - a concordata, preventiva e suspensiva, -, com o escopo exclusivo de conceder ao devedor maiores prazos de pagamento de suas dívidas ou o perdão parcial delas ou ambos, à revelia e até mesmo contra a vontade dos credores, que nada podiam fazer - e não podem, pois o modelo subsiste em inúmeros países -, eis que a concordata preventiva e também a suspensiva são "favores" ou "benefícios legais", assegurados, por lei, aos devedores probos e bem intencionados, infelizes no desenvolvimento de seus negócios.

Na segunda metade do século XX, diversos países deram-se conta de que era imperioso e urgente implementar uma profunda e radical mudança na legislação falimentar, que privilegiasse a reestruturação, o saneamento e a recuperação das empresas econômica e financeiramente viáveis e/ou social, política e estrategicamente importantes, e, ao mesmo tempo, que garantisse os direitos e interesses de empregados e credores, por todos os modos e meios possíveis, e não apenas mediante a concessão de maiores prazos e/ou perdão parcial de suas dívidas.

Quase quarenta anos após, constata-se que o Direito Concursal, moderna denominação do antigo Direito Falimentar, após sofrer profundas modificações, está fundamentado em dois institutos, o da recuperação da empresa e o da falência.

O instituto da falência ou quebra ou bancarrota busca, em todos os sistemas jurídicos, exclusivamente, (a) arrecadar os bens do devedor; (b) avaliá-los; (c) vendê-los e (d) pagar credores.

O instituto da recuperação ou reorganização ou reestruturação é tratado de formas diferentes nas diversas legislações contemporâneas, podendo-se agrupá-las a grosso modo em quatro sistemas:

(1º) sistema clássico: privilegia o devedor, concedendo-lhe o favor ou benefício legal da concordata preventiva ou suspensiva; aquela, para evitar a falência, esta, para fazê-la cessar, ambas favorecendo o insolvente, ainda que irrecuperável, com dilação dos prazos de pagamento das suas dívidas e/ou o perdão parcial, desde que preenchidos poucos pressupostos formais;

(2º) sistemas americano e alemão, recentemente adotado pelos portugueses: priorizam o crédito, pois visam, fundamentalmente, à satisfação dos credores (Código de Bancarrota americano, títu-

lo XI, capítulo XI; Lei de Insolvência alemã de 1994, § 1º, e Código Português, art. 1º);

(3º) sistema francês: objetiva alcançar a reestruturação da empresa, com a finalidade de mantê-la em ativa operação e salvar os empregos dos trabalhadores e, se possível, atender aos direitos e interesses dos credores (Lei 85-98, art. 1º);

(4º) sistema escandinavo: colima a reorganização, o saneamento e a salvação da empresa com a participação direta e essencial dos credores, com o objetivo de recuperar a empresa, manter em pleno funcionamento os postos de trabalho e garantir a realização dos créditos de financiadores e fornecedores de mão-de-obra e de materiais.

A "Lei de Recuperação e Falência do Empresário e da Sociedade Empresária" recém-promulgada filia-se ao quarto sistema e tem por escopo propiciar condições objetivas para que as empresas, seus sócios ou acionistas, seus empregados, seus credores, seus clientes, a comunidade, a sociedade e o Estado ganhem, daí a resposta à questão formulada de início: com a novel legislação brasileira sobre recuperação da empresa, todos devem ganhar.

4. A FALÊNCIA DO DIREITO CONCURSAL CLÁSSICO

É fato notório que os instrumentos legais existentes até a década de setenta do século XX, engendrados para resolver a crise da empresa, não atenderam às expectativas de seus idealizadores, porque, por exemplo: (a) o processo de suspensão de pagamentos na Espanha; (b) a concordata preventiva, a administração controlada e a administração extraordinária das grandes empresas na Itália; (c) a concordata e a liquidação judiciária na França; (d) a *corporate reorganization* de 1938 nos EUA e (e) a concordata na Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Holanda, Suíça, Argentina, Brasil e na maioria dos países da América Latina, não produziram resultados satisfatórios, por faltar o interesse geral e coletivo de salvar e recuperar a empresa, daí haver se tornado imperioso aperfeiçoar os mecanismos jurídicos existentes e, se possível, criar novos, que substituíssem, com vantagens, a concordata e a falência.

A partir de 1978, (a) com a *corporate reorganization* americana; (b) as leis francesas nº 84-148, de 01.03.1984, e 85-98, de 15.01.1985, relativas à prevenção e ao regulamento amigável das

dificuldades das empresas e à recuperação e à liquidação judiciária das empresas, respectivamente; (c) a lei inglesa de 1986; (d) a lei alemã de 1994; (e) as leis italianas de 1999 e 2003, que dispõem, respectivamente, sobre a "nova disciplina da administração extraordinária das grandes empresas em estado de insolvência" e "medidas urgentes para a reestruturação industrial de grandes empresas em estado de insolvência"; (f) a lei mexicana de 2000 e (g) a lei portuguesa de 2004, os objetivos passaram a ser (a) salvar a empresa devido ao interesse público e social em conservar-se um organismo produtor de bens e riquezas e empregador de mão-de-obra, e (b) assegurar o recebimento dos créditos.

Com efeito, a evolução histórica do instituto da falência em verdade demonstra que há hoje, mais do que nunca, um grande interesse do Estado na permanência das empresas econômica e financeiramente viáveis e/ou social, política e estrategicamente importantes, o que fez surgir o denominado "princípio da conservação da empresa", segundo o qual ela "representa um valor objetivo de organização que deve ser preservado", pois toda crise da empresa causa um prejuízo à comunidade, daí apregoar-se que o Direito Concursal clássico se tornou obsoleto, há muito se falando da *bancarotta della bancarotta*, do *fallimento del fallimento* e da *inattualità del fallimento*, e da sua necessária reforma.

Dentre as inúmeras críticas ao sistema vigente, destacam-se:

(1^ª) deve-se eliminar o dualismo institucional entre a falência e a concordata;

(2^ª) deve-se extinguir o instituto da concordata, já que resultou inoperante para a salvaguarda da empresa, e

(3^ª) a finalidade precípua da lei não deve ser a liquidação do patrimônio do devedor, mas a recuperação da empresa econômica e financeiramente viável por todos os modos e meios possíveis.

Essa "nova filosofia do Direito da insolvência" e esse "novo Direito da empresa em crise", além de estimularem a criação de procedimentos para-falimentares, pré-concursais, pré-falimentares e pós-falimentares⁶, de natureza extrajudicial e judicial, com vistas

⁶ Vide meu estudo "Direito da Crise Econômica da Empresa", in *Direito Concursal*, Forense, 3^a ed., p. 180 e segs.

a reorganizar, sanear e reerguer a empresa em momentâneas dificuldades, deixam ao largo teorias e ideologias já superadas e substituem o caráter privatístico e a concepção liberal do vetusto Direito Falimentar por uma revolucionária concepção publicística e social, provocando uma sensível modificação na maneira de encará-lo, entendê-lo e aplicá-lo.

Por isso, as leis, promulgadas nos últimos anos para disciplinar o fenômeno da crise da empresa preocupam-se sobretudo com o valor da empresa em funcionamento, o que levou a doutrina a rever a noção de pressuposto objetivo dos procedimentos concursais, a criar a dicotomia entre pressuposto objetivo jurídico e pressuposto objetivo econômico e a propor a sua "desjurisdicização".

Com efeito, quando a finalidade da lei é a liquidação da empresa, basta a existência do pressuposto objetivo jurídico do inadimplemento ou da cessação ou da suspensão dos pagamentos; todavia, se a *ratio legis* é a salvação da empresa (*sauvetage de l'entreprise*), os critérios econômicos passam ao primeiro plano, daí dizer-se, em síntese, que quando o escopo da lei é recuperar a empresa, deve-se considerar não o pressuposto objetivo jurídico do inadimplemento de obrigação líquida e certa de título que legitime a ação de execução ou da cessação ou da suspensão dos pagamentos das dívidas vencidas, mas o pressuposto objetivo econômico do estado de crise da empresa ou, melhor ainda, o pressuposto objetivo do tipo aberto, para usar a linguagem do discurso tipológico de KARL LARENZ, sendo imprescindível bem compreender esta distinção e bem dominar os fundamentos, os princípios e as finalidades do novo instituto, para tratar, com proficiência, do moderno Direito Concursal e para interpretar e aplicar o "Direito da Empresa em Crise".

Salta aos olhos que uma reforma tão radical e profunda exige que se a empreenda sem pressa, sem improvisações, sem prazos; que se a leve a cabo após exaustiva análise do Direito Comparado e longo e meditado estudo da doutrina nacional e estrangeira; que se a realize mediante amadurecida reflexão, prudência e imaginação, na esteira do pensamento do Prof. PIERO PAJARDI: "Não perder de vista o passado, isto é, a tradição, entender perfeitamente o presente, encarar com imaginação, intuição, inteligência e, acima de tudo,

prudência e responsabilidade, as possibilidades de desenvolvimento do sistema em sua marcha evolutiva"⁷.

Foi o que o Brasil acabou de fazer, embora timidamente, como veremos no item 6 infra.

5. NATUREZA, FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DO "DIREITO DA EMPRESA EM CRISE"

É ponto pacífico, aceito e consagrado universalmente, que o legislador deve inspirar-se, na elaboração das novas regras do Direito Concursal, em normas de Direito Público, pôr de lado o caráter privatístico que sempre o dominou e abandonar a idéia de que, insolvente o devedor, cumpre executar e liquidar o seu patrimônio, para satisfazer os direitos e interesses dos credores.

Ao dar-se ênfase ao manifesto interesse público do processo de reerguimento da empresa econômica e financeiramente viável, impõe-se, como conseqüência inelutável:

(1º) observar à risca os preceitos constitucionais em matéria de: (a) direito do trabalho, (b) direitos sociais, (c) princípios gerais da atividade e da organização econômica e (d) função social da propriedade e da empresa;

(2º) fortalecer os poderes e aumentar as atribuições do juiz e

(3º) fortalecer os poderes e aumentar as atribuições do Ministério Público.

Em 1988, GIUSEPPE BAVETA, Professor Associado na Universidade de Palermo, no excelente estudo "Il Diritto dell'Impresa in Crisi", publicado na revista *Il Diritto Fallimentare*⁸, advertiu aos amantes do milenar Direito Falimentar que, da pena criativa e ousada dos doutos, apesar de extraordinários percalços e incompreensões, começava a despontar uma complexa e desafiadora disciplina jurídica, diversa, por inúmeras razões, do arcaico Direito de Quebra, cuja denominação, propôs, poderia ser "Direito da Empresa em Crise", inspirado, nas palavras sábias de ANGEL ROJO FERNANDES-

⁷ "Non perdere di vista il passato, cioè la tradizione, capire perfettamente il presente, prospettarsi con fantasia, intuizione, intelligenza e soprattutto prudenza e responsabilità, le possibili vie di sviluppo del sistema nella sua marcia evolutiva".

⁸ Milão, Casa Editrice Dott, v. LXIII, p. 351-364.

RIO, numa "nova filosofia do Direito Concursal", que pretende garantir não apenas: (a) os direitos e interesses do devedor; (b) os direitos e interesses dos credores, mas também, quiçá sobretudo, (c) os superiores direitos e interesses da empresa, dos seus empregados e da comunidade em que ela atua, pois as dificuldades societárias, econômicas, financeiras, administrativas, gerenciais, técnicas e tecnológicas da empresa não atingem somente ao devedor e a seus credores, porém, por igual, ao Poder Público e à coletividade, sendo certo que, além e acima do interesse privado de composição dos conflitos entre devedor e seus credores, há o interesse público e social da reorganização, saneamento, preservação e desenvolvimento da empresa, na esteira, aliás, do pensamento do proficiente MASSAGUER FUENTES, segundo o qual o "Direito da Insolvência", que, nos primórdios, era destinado apenas a salvaguardar os interesses dos credores e, depois, os interesses da economia nacional, tem, hoje, sem dúvida, por finalidade precípua proteger, por todos os modos e meios possíveis, os interesses sociais; daí concluir-se que o "Direito da Empresa em Crise" tem natureza publicística e por fundamentos preceitos de ordem constitucional e legal, que visam salvaguardar a empresa, os postos de trabalho e os direitos dos credores.

Por isso, como tenho acentuado há mais de quinze anos, para salvar a empresa em estado de crise econômica, é mister observar os seguintes princípios básicos:

(1ª) lei especial - diferente, por sua natureza, fundamentos, pressupostos, conteúdo e finalidades, da lei de falências - deve prever um processo judicial de reorganização e um procedimento extrajudicial de reorganização;

(2ª) para liderar a reorganização judicial, deve-se preparar uma "magistratura econômica", proba e capaz, consciente de seus deveres e responsabilidades e, para assessorá-la, criar órgãos de supervisão do processo judicial, formados por credores (comitê de credores) e por empregados (comitê de empregados); na reorganização extrajudicial, o procedimento deve ser capitaneado por uma "empresa saneadora", assistida pelos comitês de credores e de empregados;

(3º) a reorganização econômica, financeira, técnica tecnológica e gerencial da empresa deve gozar de prioridade absoluta;

(4º) as soluções para os problemas da empresa devem ser presididas por razões de ordem econômica e social e não jurídico-processual;

(5º) a lei especial de reorganização deve fixar, como meios de recuperação, os comuns ao Direito comercial, e, ainda, medidas diversas de administração pública da economia;

(6º) as normas reguladoras da reorganização devem orientar-se em cânones da Justiça Distributiva e do Direito Público.

A Lei nº 11.101, de 09.02.2005, inspirou-se, em parte, nesses fundamentos e princípios, como passo a demonstrar.

6. NOÇÕES GERAIS SOBRE A LRFE

6.1. Estrutura e sistemática interna

O processo legislativo de elaboração das leis "reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As conseqüências da imprevisão e da imperícia... quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis"⁹.

Para evitar esses males e perigos, as leis devem primar pela clareza e precisão, notabilizar-se pela disposição ordenada das matérias e esmerar-se na busca da coerência lógica e harmonia interna de suas normas, no que se convencionou chamar de estrutura e de sistemática interna, aquela encarregada do exame da estrutura básica da lei, para evitar a configuração de antinomias.

Quanto à estrutura, a LRFE, divide-se, adequadamente, em capítulos e seções, consoante o revogado DL nº 7.661/45.

Quanto à sistemática interna, a LRFE, nos capítulos I a III, é, por vezes, obscura e tautológica, além de conter antinomias de ordem lógica, teleológica, valorativa e de avaliação¹⁰

* VICTOR NUNES LEAL, *apud* GILMAR MENDES, "Questões Fundamentais da Técnica Legislativa", *Boletim ADV*, v. 02/92, p. 46.

¹⁰ Sobre a "antinomia de avaliação", leia-se NORBERTO BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Ed. Polis, 1ª ed., p. 90/91.

6.2. Inovação

A LRFE, ao disciplinar o instituto da reorganização do empresário e da sociedade empresária produtora¹¹ ou distribuidora de bens ou de serviços, e inserir o país no movimento universal de discussão e aplicação do "Direito da Crise Econômica da Empresa" ou "Direito da Empresa em Crise"¹², o faz com espírito inovador.

Com efeito, ao estabelecer, como objeto da recuperação judicial, o saneamento "da situação de crise econômico-financeira" da empresa e, como fim, na esteira do sistema escandinavo, garantir "a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores" (art. 47), dá um passo à frente em relação aos modelos americano e germânico, que privilegiam, exclusivamente, os interesses dos credores, e também ao francês¹³, que busca a preservação apenas da empresa e do emprego, preocupando-se, tão-só, com o "levantamento do passivo", pondo em segundo plano o pagamento aos credores, o que é nefasto, como demonstra a experiência, pois a reestruturação e superação da empresa em crise dependem, primordialmente, dos credores¹⁴.

6.3. Lei de ordem pública

A LRFE é uma lei de ordem pública, composta por normas cogentes ou imperativas, inderrogáveis pela vontade das partes¹⁵.

¹¹ Creio que a expressão "reorganização da empresa" é mais adequada do que "recuperação da empresa", eis que alguns dos meios especificados no art. 50, p. ex., inciso II, levam à "reorganização" (nos casos de cisão total, incorporação e fusão, nos quais a empresa se extingue) e não à "recuperação" da empresa.

Por oportuno, advirto que, nos comentários que se seguem, usarei, de preferência, a palavra "empresa", como sinônimo e abreviatura de "sociedade empresária", e, vez por outra, "devedor", pois, em virtude do elevado custo e da complexidade da ação de recuperação judicial, o novel instituto dificilmente será utilizado pelo empresário.

¹² Sobre as tendências do Direito Concursal contemporâneo, leia-se o meu "Parecer sobre o Anteprojeto Legislativo de Concordatas e Falências", ADV-COAD, Seleções Jurídicas – agosto 1992, item VII.

¹³ A Lei francesa 85-98, no art. 1º, não visa à proteção dos credores, mas ao "levantamento do passivo", e à "salvaguarda da empresa e manutenção da atividade e do emprego", razão pela qual considero a lei brasileira integrante do sistema adotado na Suécia e Noruega, sobrelevando notar que a LRFE vai até mesmo além, ao procurar viabilizar a realização da função social da empresa.

¹⁴ Sobre os diversos sistemas contemporâneos, leia-se o excelente livro "Il fallimento nel Mondo", CEDAM, Padova, 1988, do Prof. Piero Pajardi.

¹⁵ CAIO MÁRIO ensina, ao tratar de normas de Direito Público e de Direito Privado, que, "sem atentado à distinção das normas jurídicas nas duas categorias aqui mencionadas, uma classificação mais rigorosa não pode omitir os

6.4. Caráter publicístico

O Capítulo III, da LRFE, fundamenta-se em princípios constitucionais e legais em matéria de: (a) atividade e organização econômica; (b) função social da propriedade e da empresa e (c) direito do trabalho¹⁶.

6.5. Equilíbrio entre o Direito e a Economia

O Capítulo III da LRFE elenca preceitos de conteúdo jurídico, *vg.*, regras procedimentais; direitos, deveres e responsabilidades dos órgãos da recuperação judicial, etc., e econômico, ao dispor sobre os meios para reorganizar e reerguer a empresa em estado de crise econômico-financeira, etc.¹⁷.

6.6. Judicialidade

O devedor pode empreender sua recuperação através: (a) de ação judicial, com observância do procedimento comum previsto nos arts. 47 e segs., ou (b) de acordo extrajudicial, contemplado nos arts. 161 e segs., aquela distribuída e processada (arts. 47 a 69) e este homologado no juízo "uno, indivisível" da recuperação judicial, que é aquele em cuja jurisdição o devedor tenha situado o seu principal estabelecimento (art. 3^º), havendo a LRFE instituído um "procedimento especial de recuperação judicial de microempresa e empresa de pequeno porte" (arts. 70 a 72), a exemplo: (a) do direito francês, que prevê duas modalidades: uma, qualificada de simplificada, para empresas com até cinquenta empregados, a imen-

chamados *princípios de ordem pública*, da maior repercussão na vida social. Não chegam a constituir direito público, por faltar a participação estatal direta na relação criada, que se estabelece toda entre particulares. São, pois, *princípios de direito privado*. Mas, tendo em vista a natureza especial da tutela jurídica e a finalidade social do interesse em jogo, compõem uma categoria de princípios que regem relações entre particulares, a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo. São, pois, *princípios de direito privado que atuam na tutela do bem coletivo*. Seu campo de ação é o direito privado, porque instituem a normação das relações entre pessoas singulares; *mas sua repercussão na vida coletiva e a imperatividade do comando estatal que os acompanha imprime-lhes funda analogia com o direito público*. Por isso se denominam *leis ou princípios de ordem pública*. Inderrogáveis pela vontade das partes, e cujos efeitos são insuscetíveis de renúncia" (Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro, Forense, 2004, 20a ed., v. I, p. 18).

¹⁶ A propósito dos princípios constitucionais fundamentais aplicáveis a matéria, consulte-se o meu estudo "Soluções para a crise da empresa e a Constituição Econômica do Brasil", *Revista dos Tribunais*, 1994, v. 699, p. 15-22.

¹⁷ No estudo "A crise da empresa: a busca de soluções", *Revista dos Tribunais*, 1991, v. 668, p. 35-46, desenvolvi o tema com ênfase para as considerações de ordem econômica.

sa maioria em França; outra, para as demais, denominada principal ou geral ou comum; (b) do "Anteprojeto de Lei de Reorganização da Empresa", que elaborei e encaminhei, em 1991, ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, o qual, nos arts. 5º a 95, disciplina o "procedimento comum", e, nos arts. 96 a 106, o "procedimento sumário"¹⁸.

6.7. Procedimentos preliminar, preparatório e de execução

A ação de recuperação judicial divide-se em três fases procedimentais: uma, preliminar; outra, preparatória, e, por último, uma de execução.

O procedimento preliminar tem início com o ajuizamento da petição inicial da ação de recuperação e termina com o seu deferimento ou indeferimento (arts. 51 e 52, da LRFE).

O procedimento preparatório (arts. 6º, § 4º, 52 a 58) destina-se à análise, aprovação e homologação judicial do plano de recuperação, não podendo exceder 180 (cento e oitenta) dias, iniciando-se "o processamento da recuperação judicial" com o deferimento da petição inicial (art. 52, *caput*) e terminando quando o juiz, considerando preenchidos os requisitos formais e substanciais da ação de recuperação judicial, profere sentença definitiva, de caráter constitutivo (arts. 58 e 59), deferindo a recuperação judicial e, em consequência, modificando ou extinguindo as situações jurídicas até então existentes entre a empresa e seus credores.

O procedimento de execução (art. 61) visa pôr em prática as medidas propostas no plano, começando com a sentença constitutiva que homologa o plano de recuperação, aprovado pela assembléia geral de credores ou não impugnado (art. 58), e encerrando-se com a decisão judicial prevista no art. 63, *caput*.

6.8. Objetos e fins da ação de recuperação judicial

A ação de recuperação judicial tem por objeto "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira" da empresa e por fim "permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego

¹⁸ O texto do "Anteprojeto" forma o "Apêndice B", do livro *Direito Concursal*, Rio de Janeiro, Forense, 1998, 3ª ed., p. 331 a 370.

dos trabalhadores e dos interesses dos credores" e promover "a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica" (art. 47), devendo a assembléia geral de credores, convocada e instalada na forma da lei, fazer uma acurada ponderação dos interesses da empresa, dos empregados e dos credores (art. 35 e segs.), quando deliberar sobre o plano de recuperação, aprovando-o, aditando-o ou modificando-o.

6.9. Órgãos da ação de recuperação judicial

Atuam, obrigatoriamente, na ação de recuperação judicial: (a) o juiz; (b) o representante do Ministério Público e (c) o administrador judicial.

Podem vir a integrar a ação de recuperação judicial, dependendo das circunstâncias: (a) a assembléia geral de credores, quando constituída, dividida por classes de credores (1) trabalhistas, (2) com direitos reais de garantia e (3) quirografários ou com privilégios especiais ou com privilégios gerais ou subordinados (art. 41, I a III); (b) o comitê de credores, quando formado por deliberação da assembléia geral de credores com representantes (1) dos empregados com dois suplentes, (2) dos credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais com dois suplentes, e (3) dos credores quirografários ou com privilégios gerais com dois suplentes (art. 26, I a III); (c) o gestor judicial, nomeado pelo juiz para exercer as funções de gestor e representante da empresa em crise, quando da destituição de seus administradores (art. 65).

6.9.1. O juiz

O juiz, na ação de recuperação judicial, bem como no processo civil comum, exerce: (a) poderes "de caráter jurisdicional"; (b) "de feição instrumental", e (c) poderes administrativos¹⁹.

Na ação de recuperação judicial, ao exercer os poderes de caráter jurisdicional, instrumental ou administrativo, o juiz não fica refém das deliberações da assembléia geral ou do comitê de credores.

¹⁹ Vide primorosa lição do emérito J. C. BARBOSA MOREIRA, "Reformas Processuais e Poderes do Juiz", *Revista da EMERJ*, v. 22, p. 59 a 69, sobre os poderes do juiz no processo civil comum.

res ou das decisões do administrador judicial, pois, ao ordenar o processamento da ação, presidir o processo de recuperação, proferir despachos, decisões e sentenças e superintender a administração da empresa em crise, deve fazê-lo com tirocínio, competência e plena liberdade, formando sua convicção, seu livre convencimento, de acordo com as provas dos autos, ciente de que seus atos estão sujeitos a recurso (cfr., p. ex., art. 59, § 2º)²⁰.

6.9.2. O Ministério Público

O Ministério Público, como órgão da lei e fiscal de sua fiel execução, atua, na tutela do interesse público e na defesa dos superiores interesses da Justiça, em todas as fases da ação de recuperação judicial, inclusive antes do despacho de processamento, independentemente de requerimento da empresa, credores, administrador judicial ou qualquer interessado, com ampla e irrestrita legitimidade para recorrer, em primeiro e segundo graus de jurisdição.

6.9.3. A assembléia geral de credores

A assembléia geral de credores tem amplas atribuições (art. 35, inc. I, alíneas *a* a *f*), destacando-se a deliberação sobre: "aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor" (alínea *a*, do inc. I, do art. 35); "a constituição do comitê de credores, a escolha de seus membros e sua substituição" (alínea *b*); "nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor" (alínea *e*).

A forma de convocação, instalação e deliberação da assembléia geral está regulada nos arts. 36 a 45, da LRF.

A LRF prevê, taxativamente, que a decisão da assembléia geral, convocada, instalada e realizada de acordo com as prescrições legais, obriga todos os credores sujeitos à ação de recuperação judicial, inclusive os que não compareceram ao conclave, os que, embora presentes, se abstiveram de votar e os dissidentes.

²⁰ Sobre as atribuições e poderes do juiz na ação de recuperação judicial, vide Comentários ao art. 58, do livro *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, coord. por Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 152 e segs.

Entre os principais efeitos da deliberação da assembleia geral poderão estar, dependendo do plano de reestruturação aprovado pelos credores: (a) perdão parcial e/ou concessão de condições especiais e/ou dilação de prazos de pagamento de dívidas da empresa em crise; (b) cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral ou cessão de cotas ou ações; (c) alienação do poder de controle; (d) substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos de gestão; (e) concessão aos credores de direito de eleição em separado de membros do conselho de administração e da diretoria e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; (f) aumento do capital social; (g) trespasse ou arrendamento de estabelecimentos; (h) redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; (i) dação em pagamento e novação de dívidas; (j) constituição de sociedade de credores; (l) venda parcial de bens do devedor; (m) equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza; (n) usufruto da empresa; (o) administração compartilhada; (p) emissão de valores mobiliários; (q) constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor; etc.

Como explicar-se que tantas e tão graves conseqüências possam afetar os direitos e interesses dos credores contra a sua expressa manifestação de vontade ou sem a sua formal aquiescência?

Como justificar, por exemplo, a autêntica e notória "desapropriação" dos direitos dos credores no caso de perdão parcial de dívidas? E a frustração de suas legítimas expectativas de receberem o que lhes é devido no prazo contratado ou terem alteradas, à sua revelia, as condições pactuadas originalmente? E o risco de a devedora ser cindida, incorporada, fundida ou transformada em sociedade diversa? E a imposição de pagamento através de dação, sem os credores haverem concordado, expressamente, em receber bem diverso do contratado e/ou de novação modificativa do objeto ou do sujeito passivo da obrigação? E a constituição de sociedade de credores em flagrante violação do art. 5o, XVII, da CF, que garante ao indivíduo o direito fundamental de só participar de qualquer tipo de sociedade quando quiser e bem entender? E a venda de bens do devedor, inclusive de seu principal estabelecimento, em detrimento

das garantias dos credores representadas por bens imóveis, móveis e semoventes, que compõem o seu ativo permanente e realizável?

A explicação e a justificativa estão na teoria do esforço compartilhado (para salvar a empresa em estado de crise econômico-financeira).

A teoria do esforço compartilhado aplica-se àquelas situações que reclamam e impõem a revisão das obrigações pecuniárias em pleno vigor, decorrentes de atos jurídicos perfeitos e acabados, que fazem "lei entre as partes" desde os romanos, em virtude de finalidades que determinam a intervenção do Estado no domínio dos contratos privados por razões de ordem política, social, econômica, financeira, administrativa, cambial etc.

7. PONDERAÇÃO DE FINS E DE PRINCÍPIOS

Como reiteradamente acentuado, a nova LRFE tem por objeto sanear o estado de crise econômico-financeira da empresa e por finalidades salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos com fundamento nos princípios (a) da conservação e da função social da empresa; (b) da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho e (c) da segurança jurídica e da efetividade do Direito.

Para bem aplicá-la e dela extrair todas as virtudes que contém, explícitas e implícitas, os operadores de Direito serão obrigados a realizar criteriosa "ponderação de fins e ponderação de princípios".

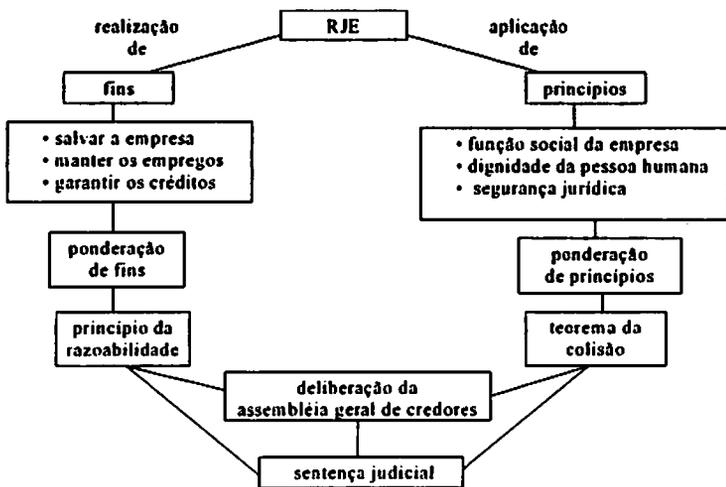
Juridicamente, ponderação - de bens, de valores, de interesses, de fins, de princípios - significa "atribuir pesos a elementos que se entrelaçam" com o escopo de "solucionar conflitos normativos" (HUMBERTO ÁVILA), sendo certo, como ensina DANIEL SARMENTO, que "a solução do conflito terá de ser casuística" e estará "condicionada pelas alternativas pragmáticas para o equacionamento do problema".

No caso da ação de recuperação judicial da empresa, a assembleia geral de credores, primeiro, depois, o Ministério Público e, por derradeiro, o juiz da causa deverão sopesar a realização dos fins - salvar a empresa, manter os empregos e garantir os créditos -, através do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, quando então, talvez, venham a concluir que o caso concreto exige o "sacrifício" de determinado fim se indispensável para o saneamento da empresa ou

o "sacrifício" parcial do interesse da empresa em benefício de empregados e credores etc., pois, como ressaltam os franceses, os procedimentos coletivos são "procedimentos de sacrifício" que limitam os poderes do devedor e restringem os direitos dos credores²¹.

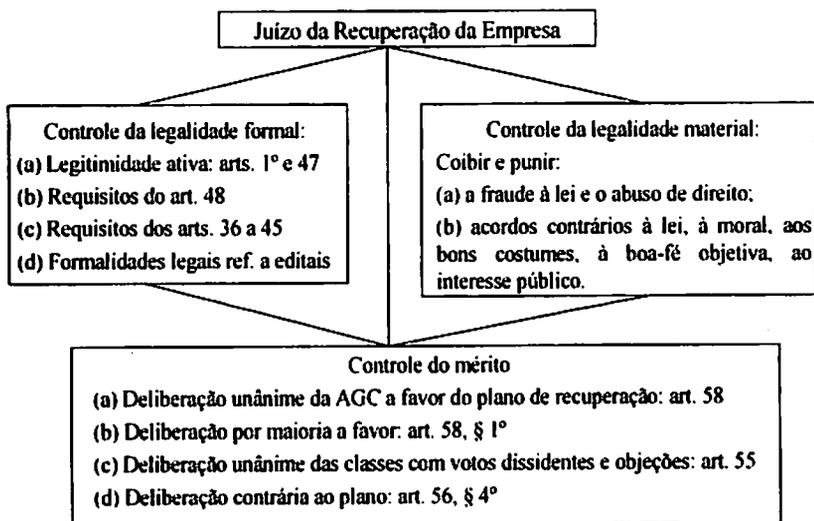
Deverão, ao mesmo tempo, empenhar-se na "ponderação de princípios" - o da conservação e da função social da empresa, o da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho e o da segurança jurídica e da efetividade do Direito -, através do "teorema de colisão" de ALEXY, para o qual, diante de um choque de princípios, as circunstâncias fáticas determinarão qual deve prevalecer, pois "possuem uma dimensão de peso", verificável caso a caso.

Por isso, aos que sustentam ser a função do magistrado na ação de recuperação judicial de empresa simplesmente formal, o que o transformaria em mero homologador das deliberações da assembléia geral de credores, respondo que o juiz, no processo de reorganização da empresa, exerce, em toda sua plenitude, poderes de caráter jurisdicional ou "poderes-fim", "poderes-meio" ou "instrumentais" e "poderes administrativos", e, ao exercer os poderes jurisdicionais, deve levar em conta, para decidir com proficiência, o seguinte quadro sinótico:



²¹ Yves Guyon, *Droit des affaires*, Paris: Economica, 1991, Tome 2, 3e éd., p. 113.

E, ao proferir sentença concessiva da recuperação judicial, deve levar a cabo (a) o controle da legalidade formal, (b) o controle da legalidade material e (c) o controle do mérito, consoante o seguinte quadro sinótico:



A Nova Execução

Primeira parte: A Liquidação

Artigos 475-A a 475-H do CPC

Lei 11.232, de 22/12/2005

Wilson Marques

*Desembargador aposentado do TJ/RJ.
Professor de Direito Processual Civil da
EMERJ. Advogado.*

LIQUIDAÇÃO/CONCEITO/GENERALIDADES

Chama-se líquida a dívida a respeito da qual não há dúvida sobre o que é devido (*quod debeat*) ou sobre o montante devido (*quantum debeat*).

Denominamos certa a dívida a respeito da qual não há dúvida sobre a sua existência: (*an debeat*).

Se, na petição inicial, o autor formular pedido genérico, ou seja, ilíquido, nos casos em que isso lhe é permitido, nada impedirá, antes tudo aconselhará, a dissipação da iliquidez, ao longo do processo de conhecimento, proferindo, então, o juiz, nesse caso, sentença líquida.

O inverso – proferir o juiz sentença ilíquida quando o autor houver formulado pedido certo - não é possível, diante da expressa vedação constante do artigo 459, parágrafo único, *in verbis*: “Quando o autor tiver formulado pedido certo é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida.”

Em suma: quando o autor formular pedido certo, a sentença nunca poderá ser ilíquida e quando formular pedido genérico, a sentença tanto poderá ser líquida como ilíquida.

A existência do referido artigo 459, parágrafo único, suscita questão assaz interessante:

Quid juris, se o autor formula pedido certo, prova que é credor, mas não prova que é credor da soma indicada, ou de outra qualquer, maior ou menor?

Impedido de proferir sentença líquida diante da inexistência de prova do montante da dívida, igual ou menor do que a indicada na inicial, e de lavrar sentença ilíquida, em razão da expressa proibição legal, ao juiz só restará a alternativa de julgar o pedido inicial improcedente, malgrado tenha sido ministrada a prova da existência da dívida, mas não do seu montante.

Isso quer dizer que, nesses casos, o autor tem o ônus de fazer a prova não só de que é credor como, também, de que é credor de determinado montante. A improcedência do pedido é a consequência da falta da prova tanto num caso, como no outro.

Essa solução, rigorosamente técnica, mas profundamente injusta, muitas vezes se vê trocada, pelos juízes, por outra, justa, mas atécnica: a da sentença ilíquida proferida *contra legem*.

A teor do que dispõe o novo artigo 475 -A, semelhante ao velho artigo 603, "quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se à sua liquidação".

A fórmula "valor devido" é melhor do que a anterior "valor...da condenação", mas estaria melhor ainda se, em lugar de valor, a lei tivesse utilizado a expressão montante: "Quando a lei não determinar o montante devido...."

No seu artigo 475-A, § 3º, a lei nova veda sentença ilíquida, igualmente, nos casos de procedimento sumário contemplados no artigo 275, II, alínea "d" - "ressarcimento de danos causados em acidente de veículo de via terrestre" e "e" - "cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução".

Ao menos expressamente, a lei nova não revogou o artigo 286, II, que admite pedido genérico e, pois, sentença ilíquida, "quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito", previsão na qual se insere, com muita freqüência, a hipótese contemplada no referido artigo 275, II, "d"-: "ressarcimento de danos causados em acidente de veículo de via terrestre".

Quer nos parecer que, diante desse quadro jurídico, o artigo 286, II, continua de pé; o autor, no caso figurado, pode formular pedido genérico, mas a ilíquidez há de ser dissipada ao longo do processo de conhecimento, antes do julgamento do mérito, de modo a possibilitar ao juiz proferir sentença líquida, tal como lhe determina o referido artigo 475-I, § 3º.

A última parte desse mesmo dispositivo legal estabelece que cumpre ao juiz, “se for o caso fixar de plano, a seu prudente critério, o valor devido”.

Salvo engano, esta última parte do dispositivo legal criou, entre nós, mais um caso de juízo de equidade: se, naqueles casos previstos em lei, o juiz, no momento de proferir sentença, não tiver, nos autos, à sua disposição, elementos para fixação do **quantum debeatur**, ele o fixará, assim mesmo, como lhe parecer melhor, segundo o “seu prudente critério”.

CASOS EM QUE O JUIZ PODE PROFERIR SENTENÇA ILÍQUIDA

Sentença líquida o juiz deve proferir no caso em que o autor houver formulado pedido certo e determinado e pode proferi-la se o autor houver formulado pedido genérico. Em suma: a sentença sempre pode ser líquida: no primeiro caso, obrigatoriamente; no segundo, facultativamente.

Já a sentença ilíquida o juiz somente poderá proferir se o autor houver formulado pedido ilíquido, também designado por genérico.

Mas, pedido ilíquido ou genérico, o autor não pode formular sempre, senão que somente quanto a tanto autorizado, pelos incisos I, II e III do artigo 286.

Em todos os outros, ele terá que formular pedido “certo e determinado”, ou seja líquido (artigo 286) e o juiz, se procedente o pedido, terá, necessariamente, que proferir sentença líquida.

Os casos em que o autor pode formular pedido genérico e o juiz pode proferir sentença ilíquida são os seguintes:

Artigo 286, I: “nas ações universais, se não puder o autor individualizar na petição os bens demandados” – Por exemplo: Ação de petição de herança.

Artigo 286, II: “quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito”. E´ o caso, *v.g.* da ação de indenização de danos físicos que acarretaram, para o ofendido, incapacidade laborativa.

Artigo 286, III: “quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu”. Assim na Ação de Prestação de Contas.

PEDIDO GENÉRICO NA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS

Bastante controvertida, inclusive nos Tribunais Superiores, é a questão que consiste em saber se é admissível pedido genérico na ação de indenização por dano moral.

Pela admissibilidade há acórdãos da 3ª. e da 4ª. Turma do STJ, relatores os Ministros Eduardo Ribeiro, Pádua Ribeiro e Aldir Passarinho Júnior. No sentido contrário, há indicação de inúmeros julgamentos estampados em RT 730/307 e JTJ 234/232 e 239/193.

A nosso ver, a hipótese não recai no inciso II do artigo 286 - “quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito” - porque se o autor não for capaz de determinar qual é a soma de dinheiro capaz de neutralizar a dor, o sofrimento, a humilhação que sofreu em razão do ato ilícito, quem o será? O perito? O juiz?

Inadmissível, assim, ao que entendemos, o pedido de condenação do réu no pagamento de indenização de dano moral em montante a ser fixado “segundo o prudente arbítrio do juiz”, ou “como arbitrado pelo perito”, ou, ainda, em soma não inferior a tanto”; ou, veiculado, finalmente, com qualquer outra fórmula semelhante.

Pedidos dessa espécie, além de atentarem contra o artigo 286, *caput*, servem: a) para lesar o Fisco (com a atribuição à causa de valor irrisório) e b) para colocar o réu em posição de inferioridade na relação processual (se o pedido inicial for julgado procedente por 1 ou 1.000, nos dois casos o réu será totalmente vencido e terá que pagar a integralidade das custas do processo e dos honorários de advogado). No sentido da tese que se está a defender, há doutrina de peso: Nelson Nery Júnior e Joel Dias Figueira Júnior.

Mas para os partidários da tese com a qual não se comunga, há, também, a contrapartida, que os nossos juízes e tribunais, de um modo geral, não aceitam: Se o autor pediu indenização de dano moral fixada de acordo com o prudente arbítrio do juiz, no caso de procedência do pedido, ele nunca poderá recorrer para aumentar o valor da indenização (*rectius*: compensação) porque fixado o valor devido em 1 ou em 1.000, o montante terá sido fixado “segundo o prudente arbítrio do juiz”, o autor será sempre o integral vencedor, em nada sucumbiu e não tendo sucumbido não poderá recorrer para aumentar o valor fixado.

INEXEQÜIBILIDADE DA SENTENÇA ILÍQUIDA

A sentença ilíquida, ou seja aquela que não fixou o *quantum debeatur*, antes de se transformar em sentença líquida, não autoriza a prática de atos de execução, ou seja, o conjunto de atos que agora a Lei 11.232/05 designa por “cumprimento da sentença”: artigo 475-I e seguintes.

Como é óbvio, para tornar possível a prática daqueles atos, não basta saber que o réu deve. É preciso saber, também, o quanto ele deve.

LIQUIDAÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL

Para certa parcela da doutrina - Alcides de Mendonça Lima, Humberto Theodoro Júnior, Sérgio Sahione Fadel e outros - liquidação só existe se de título judicial se tratar.

Segundo esses autores, que estão apoiados em antiga lição de José Alberto dos Reis, o título executivo extrajudicial, quando ilíquido (*v.g.* uma confissão de dívida de valor que não é certo e determinando) só habilita o credor a propor ação de conhecimento.

Para esses autores não existe liquidação de título executivo extrajudicial, conclusão que extraem do artigo 603 (agora 475-A) de acordo com o qual “procede-se à liquidação quando a *sentença* (só a sentença) não determinar o valorda condenação” (artigo 603) ou “quando a sentença (não o título executivo extrajudicial, que sentença não é) não determinar o valor devido...”(artigo 475-A)

Pensa de forma diferente Pontes de Miranda com quem achamos que está a razão.

Para este autor, unificadas, pelo Código de 73, as vias executórias, como justificar o tratamento discriminatório que se pretenda dar aos títulos executivos extrajudiciais? Como mandar para o processo de conhecimento um credor que está munido de documento público, assinado pelo devedor e por duas testemunhas, do qual conste obrigação de pagar quantia facilmente determinável através de simples cálculos que, agora, a lei permite que sejam feitos pelo próprio credor? (artigo 604, anterior; 475-B, atual)

NATUREZA JURÍDICA DA LIQUIDAÇÃO

A liquidação da sentença, até agora, ostentava natureza jurídica de verdadeira ação de conhecimento, geradora de um outro processo, instaurado a partir de uma petição inicial, a que se seguia a citação do réu, para apresentação de resposta (citação na pessoa do advogado, a partir da permissão dada pela Lei 8.898/94) e culminava com uma sentença, da qual cabia recurso de apelação, que a lei mandava receber no só efeito devolutivo (artigo 520, III).

A liquidação não integrava o processo executivo, antes o antecedia, constituindo, como afirmou o STJ, por sua 4ª. Turma, processo complementar do processo de conhecimento, destinado a tornar líquido o título judicial (Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 18.02.91, página 1.041).

Com o advento da Lei 11.232/05, a liquidação perdeu o *status* de ação e de processo, passando a ser apenas uma eventual fase do processo de conhecimento, como, de resto, ocorreu, também, com a própria execução.

Em decorrência, requerida a liquidação, por meio de *petitio simplex*, e não mais através de petição inicial elaborada com observância das regras constantes dos artigos 282 e 283; a parte contrária já não será citada (senão que apenas intimada), na pessoa do seu advogado (artigo 475-A, parágrafo 1º); poderá impugnar o pedido (e não mais apresentar resposta, em qualquer uma das suas modalidades), encerrando-se essa fase do processo de conhecimento com uma decisão interlocutória (e não com uma sentença); impugnável através de recurso de agravo de instrumento (artigo 475-H) (e não por meio de apelação).

LEGITIMAÇÃO PARA REQUERER A LIQUIDAÇÃO

No sistema anterior ao da Lei 11.232/05, o Código, inspirado no princípio de que o devedor tem não apenas o dever de cumprir a condenação, mas, também, o direito de liberar-se da obrigação, reconhecia legitimidade tanto ao vencedor como ao vencido para promover a execução (artigo 570), e, se fosse o caso, a liquidação, havendo, no caso de ser proposta a ação pelo vencido, verdadeira “execução às avessas”, ou uma consignação em pagamento especial, em sede de execução.

Dentro desse sistema, sendo a liquidação um processo preparatório da execução, se o credor permanecesse inerte, após a sentença condenatória, o devedor tinha a faculdade de tomar a iniciativa de propor a ação de liquidação e, depois, a de execução do artigo 570, antecedida, quando fosse o caso, de cálculo e depósito do valor apurado (artigo 605).

Isso tudo já não será possível, porque o artigo 9º da Lei 11.232, dentre outros, revogou tanto o artigo 570 como o artigo 605, o que significa que, atualmente, o único legitimado a requerer a liquidação é o vencedor.

Não se descarta, todavia, a iniciativa do devedor de livrar-se da obrigação pela via comum da ação de consignação em pagamento, tal como regulada nos artigos 890 e seguintes do Código de Processo Civil.

Como, na sistemática da Lei 11.232/05, a execução, agora denominada “cumprimento da sentença”, consistirá na prática de atos dentro da mesma relação jurídica, em continuação à ação e ao processo de conhecimento originários, não inaugurando ação nova e processo novo, também foi revogado, pelo mesmo dispositivo legal, por total incompatibilidade com o novo sistema, o artigo 611, de acordo com o qual “julgada a liquidação, a parte promoverá a execução, citando pessoalmente o devedor”.

LIMITES DA LIQUIDAÇÃO

É impossível utilizar a liquidação como meio de ataque à sentença liquidanda, que é “imutável e indiscutível” (artigo 467) e tem “força de lei nos limites da lide e das questões decididas” (artigo 468).

Isso explica a regra do novo artigo 475-G, idêntica à do velho artigo 610, pela qual “é defeso, na liquidação, discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou”.

Na liquidação, o devedor será ouvido e exatamente para esse fim será intimado (artigo 475-A, §1º). Mas para combater os excessos do credor ou as irregularidades na apuração do **quantum debeatur**. Se quiser discutir de novo a lide ou modificar a sentença, o juiz não lhe dará ouvidos.

Permitir a renovação da lide ou a infringência da sentença seria converter a liquidação em recurso ou em ação rescisória, desvirtuando-lhe a finalidade. A liquidação não é meio de ataque à sentença. É meio de completá-la, integrá-la, tornando-a exequível. Dar-lhe vida. Não destruí-la.

Tudo o que estiver fora dos limites da sentença não poderá ser objeto de liquidação, porque não poderá ser objeto de execução.

Não se sustenta, dentro desse contexto, a Súmula 254 do STF, segundo a qual “incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omissa o pedido inicial ou a condenação”.

Data venia, sem condenação no pagamento de juros, não pode haver liquidação da sentença que não condenou no pagamento desses mesmos juros. A liquidação é da condenação. Se não houve condenação, como poderá haver liquidação da inexistente condenação?

Tudo o que se disse sobre os juros vale também, por identidade de razões, para as custas do processo e honorários de advogado e para as prestações periódicas.

Pode haver pedido implícito de condenação no pagamento de juros (artigo 293); de custas e de honorários de advogado (artigo 20), de prestações periódicas (artigos 290) mas não há, nem pode haver condenação implícita no pagamento de qualquer uma dessas verbas. E sem condenação não se há de falar em liquidação e, muito menos, em execução.

O raciocínio só não vale para a correção monetária, pela sua própria finalidade, que é a da preservação da integridade da moeda, ou, em outras palavras, que é a de servir para determinar, em moeda de hoje, a mesma quantidade de dinheiro de antes.

Com efeito, a correção monetária não é um **plus** que se acrescenta.

É um *minus* que se evita.

Daí a necessidade de ser incluída na liquidação, ainda que omissa a condenação. Sem a correção monetária o montante da liquidação seria inferior ao da condenação, o que, a nenhum título, seria justificável.

EXCESSO DE LIQUIDAÇÃO E EXCESSO DE EXECUÇÃO

Havendo liquidação fora dos limites da condenação teremos o fenômeno processual denominado excesso de liquidação: liquidou-se por mais do que se condenou. O excesso de liquidação, antes eliminável através de recurso de apelação, agora pode ser combatido através de recurso de agravo de instrumento (artigo 475-H)

É preciso não confundir o excesso de liquidação com o excesso de execução, o que ocorre quando se executa por mais do que se liquidou. O excesso de execução, que antes podia ser atacado através de Embargos do Devedor (artigo 741, V) agora poderá sê-lo por meio de impugnação (artigo 475-I, V).

LIQUIDAÇÃO E COISA JULGADA

Na ação de liquidação, como regulada hoje, e, na liquidação como fase do processo originário, tal como disciplinada na lei nova, o que se pretende é dar solução a um conflito de interesses, limitado, embora, à determinação do *quantum debeatur*.

Em outras palavras: na sentença ilíquida se deu solução à uma parte da lide – a do *an debeatur*. Agora se vai completar o julgamento com uma decisão a respeito da outra parte da lide – a do *quantum debeatur*.

Tanto na primeira fase, como na segunda, há, pois, julgamento da lide (*rectius*: do mérito), numa parte e na outra, através de decisões – sentença e decisão interlocutória – que fazem coisa julgada material, exatamente porque são decisões que julgam a lide, numa parte e na outra (artigo 468).

CONSEQÜÊNCIAS DA FALTA DE LIQUIDAÇÃO

A falta de liquidação, quando necessária, acarreta a nulidade da execução (artigo 618, I) que o juiz pode e deve declarar de ofício.

A iliquidez, apenas parcial, no entanto, não impede a imediata execução da parte líquida.

A esse respeito, o artigo 475, I, § 2º, estabelece o seguinte:

“Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta”.

LIQUIDAÇÃO FRUSTRADA

Quid juris se, requerida a liquidação, o autor, ao longo do procedimento, não fornecer elementos suficientes para a determinação do montante devido?

Se aplicarmos as regras gerais comuns teremos que concluir que o juiz, no caso figurado, proferirá, nos domínios da lei velha, sentença, e, nos da lei nova, decisão interlocutória de mérito, no sentido da improcedência do pedido de liquidação e essas decisões, por serem de mérito, farão coisa julgada material, impedindo que, em qualquer tempo, seja requerida nova liquidação e seja iniciada a execução.

Com efeito, outro pedido de liquidação não será admitido porque esbarrará na coisa julgada material formada anteriormente.

E sem a liquidação não será possível a instauração da execução diante da vedação expressa constante do artigo 586: “A execução para a cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título *líquido*, certo e exigível.”

Teremos, então, uma sentença condenatória e freqüentemente um acórdão condenatório, praticamente reduzidos a nada, porque nunca poderão ser executados, o que não se pode aceitar, sob qualquer pretexto.

Boa solução para o problema havia no Código de Processo Civil anterior, cujo artigo 915 estabelecia que “se as provas não oferecerem elementos suficientes para que o juiz determine o valor da condenação, o liquidante será condenado nas custas, procedendo-se à nova liquidação”.

Assim, pelo sistema adotado naquele Código, a sentença que julga procedente a liquidação faz coisa julgada material normalmen-

te. Já a que julga improcedente a liquidação não faz coisa julgada material.

Em resumo: na ação de liquidação, a coisa julgada material opera *secundum eventum litis*.

Como o Código de 73 não é infenso à boa solução do problema, dada pelo Código de 39, pensamos que se pode considerá-la incorporada ao ordenamento jurídico em vigor, o que implica dizer que, nos dias de hoje, a solução para o problema é a mesma do Código revogado.

MOMENTO EM QUE PODE SER REQUERIDA A LIQUIDAÇÃO

A liquidação pode ser requerida após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Neste caso, será requerida e processada nos mesmos autos da ação originária, como fase desta.

Mas também pode ser requerida, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, isto é na pendência de recurso interposto contra a sentença condenatória, desde que desprovido de efeito suspensivo.

Nesta eventualidade, a liquidação, conservando, embora, a sua natureza jurídica de mera fase do processo de conhecimento originário, será processada “em autos apartados, no juízo de origem, cumprindo ao liquidante instruir o pedido com cópias das peças processuais pertinentes” (artigo 475-A, § 2º).

Ao estabelecer que “a liquidação poderá ser requerida na pendência de recurso...”, este dispositivo legal não esclarece se esse recurso é o que foi recebido no só efeito devolutivo, ou se a previsão legal alcança, também, o recurso recebido no duplo efeito - devolutivo e no suspensivo - , como ocorre, atualmente, como regra geral, instituída pelo artigo 520.

Quer nos parecer que, enquanto o artigo 520 não for modificado, o artigo 475-A § 2º somente poderá ser aplicado aos casos, que não serão muitos, de apelação desprovida de efeito suspensivo, pois, nos outros casos, o efeito suspensivo do recurso, tolhendo a eficácia da sentença condenatória, impedirá que dela se extraiam efeitos, inclusive o de permitir o prosseguimento do processo de conhecimento, através da realização da liquidação.

Com a adoção da salutar providência, estabelecida pela lei nova - autos apartados, para a liquidação da sentença atacada mediante recurso desprovido de efeito suspensivo - evita-se que a liquidação dificulte o julgamento do recurso e que este julgamento do recurso prejudique o bom andamento da liquidação.

MODALIDADES DE LIQUIDAÇÃO

A Lei 8.898, de 29 de junho de 1994, eliminou uma das modalidades de liquidação reguladas no Código de Processo Civil: a liquidação por cálculos do contador.

Portanto, desde então, são apenas duas - arbitramento e artigos e não mais três – cálculos do contador, arbitramento e artigos – as modalidades de liquidação.

MEMÓRIA DE CÁLCULO

Repetindo, com alterações insignificantes, a regra do artigo 604, na redação que lhe deu a Lei 8.898/94, o novo artigo 475- B, acrescentado pela Lei 11.232/05, estabelece que:

“Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do artigo 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.”

Note-se: na situação figurada, “o credor requererá o cumprimento da sentença”, diretamente, sem necessidade de passar por um estágio intermediário, como o da liquidação.

Quid juris, se as contas estiveram erradas?

Nesse caso, haverá excesso de execução, que o devedor poderá combater através da impugnação do artigo 475-L, V, da lei nova, que tomou o lugar dos Embargos do Devedor do artigo 741, V da lei velha.

Pode acontecer que, para a elaboração dos cálculos, haja necessidade de consulta a dados existentes em poder do devedor ou de terceiro. Nesse caso, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até 30 (trinta) dias para o atendimento da requisição. (artigo 475-B, § 1º).

Se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor – acrescenta o § 2º do mesmo dispositivo legal, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor, e se não o forem pelo terceiro, configurar-se-á a situação prevista no artigo 362, que assim dispõe, *in verbis*:

“Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz lhe ordenará que proceda ao respectivo depósito, em cartório ou noutra lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o embolse das despesas que tiver; se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, tudo sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência”.

Nos casos de assistência judiciária e, ainda, em todos aqueles em que “a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda”, o juiz poderá determinar a remessa dos autos ao Contador Judicial para elaboração dos cálculos (no primeiro caso) e para conferência deles (no segundo) (§ 3º do artigo 475-B).

No segundo caso, se as conclusões a que chegar o Contador Judicial forem diferentes daquelas a que chegou o credor e este não concordar com os cálculos do servidor da justiça, “far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador” (§ 4º do artigo 475-B).

A LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO

Cabimento:

Far-se-á a liquidação por arbitramento - diz o artigo 475-C - quando: I: determinado pela sentença ou convencionado pelas partes; II: o exigir a natureza do objeto da liquidação.

Mas também será feita por arbitramento a liquidação quando a lei assim o determinar: v.g. artigo 18, parágrafo 2º: “O valor da indenização (a que está sujeito a pagar o litigante de má-fé) será,

desde logo, fixado pelo juiz, em quantia não superior a vinte por cento sobre o valor da causa, ou *liquidado por arbitramento*".

Sistematizando melhor a matéria, podemos dizer que a liquidação por arbitramento pressupõe: a) impossibilidade de a liquidação ser realizada através de simples cálculos aritméticos (pois, do contrário, caso será de proceder-se na forma indicada no tópico anterior); b) a desnecessidade de serem alegados e provados fatos novos, para se chegar ao *quantum debeatur* (pois, do contrário, a liquidação terá de ser feita, necessariamente, por artigos) .

Portanto, pode-se dizer que a liquidação por arbitramento é determinada por exclusão: quando não for caso de simples cálculos aritméticos, nem de liquidação por artigos, a liquidação será feita por arbitramento.

A diferença entre a liquidação por arbitramento e a liquidação por artigos está em que, na primeira – arbitramento- já estão nos autos todos os elementos que o juiz necessita para determinar o *quantum debeatur*, mas para chegar a tal conclusão ele necessita do auxílio de técnicos; na segunda – artigos- os referidos elementos ainda não estão nos autos e, para obtê-los, há necessidade de alegar e de provar fatos novos.

Quando a liquidação por arbitramento houver sido determinada pela sentença, *tollitur quaestio*: ao credor não resta senão a alternativa de cumprir o julgado.

A convenção das partes, a respeito da liquidação por arbitramento, pode resultar de cláusula contratual anterior à sentença, ou de transação, a ela anterior ou posterior.

São casos típicos de liquidação por arbitramento exigidos pela natureza do objeto da liquidação, dentre outros: a) a estimativa da perda parcial da capacidade laborativa de uma pessoa; b) a estimativa de lucros cessantes por inatividade de pessoa ou serviço.

Procedimento

No procedimento da liquidação por arbitramento (e na por artigos também) é preciso não esquecer que, atualmente, a liquidação é apenas uma fase do processo de conhecimento, tendo sido despojada da sua natureza jurídica de ação.

Por essa razão, não será instaurada através de petição inicial, submetida a despacho liminar; o réu não será citado para apresenta-

ção de resposta; o juiz não proferirá uma sentença atacável através de recurso de apelação.

O procedimento, agora, é bastante singelo: “requerida a liquidação por arbitramento, o juiz nomeará o perito e fixará o prazo para a entrega do laudo” (artigo 475-D).

“Do requerimento de liquidação da sentença será a parte intimada na pessoa de seu advogado” (artigo 475-A, § 1º)

A lei não diz qual é a finalidade dessa intimação, mas supõe-se que seja para impugnar o pedido, se for o caso, alegando, no prazo de 5 dias (artigo 185), por exemplo, que a hipótese é de liquidação por artigos e não de liquidação por arbitramento.

Posto a lei não o diga expressamente, entendemos que, na forma do disposto no artigo 421, parágrafo 1º, as partes, no prazo de 5 (cinco) dias contados da intimação do despacho de nomeação do perito, poderão: a) indicar assistentes técnicos ; b) formular quesitos pertinentes.

A intimação das partes, na pessoa dos seus advogados, para os fins assinalados, poderá ser feita mediante inserção da notícia em órgão de publicação dos atos no órgão oficial (artigos 236 e 237), não se descartando, no entanto, a possibilidade de a intimação ser feita por mandado ou pela via postal (artigos 238 e 239).

Apresentado o laudo, o juiz ouvirá, sobre o seu conteúdo, ambas as partes, no prazo de 10 dias, proferindo, em seguida, a sua decisão (artigo 475-D, parágrafo único).

Na apreciação do laudo do arbitrador, aplicam-se os mesmos princípios que regem a avaliação da prova pericial, inclusive o do artigo 436, pelo qual “o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”

Usamos, ainda agora, a expressão arbitrador. Não aludimos a árbitro. Isso tem uma razão de ser.

As duas expressões não se confundem.

O árbitro: a) atua no juízo arbitral; b) é juiz de fato e de direito; c) julga; d) faz arbitragem.

O arbitrador: a) atua no juízo comum; b) não é juiz: é perito; c) não julga: ajuda o juiz a julgar; d) faz arbitramento.

Está certa, portanto, a expressão liquidação por arbitramento. É errado dizer-se liquidação por arbitragem. A liquidação não é por arbitragem. É por arbitramento.

A parte final do referido artigo 475-D, parágrafo único, estabelece que o juiz, após ter ouvido as partes sobre o laudo, em lugar de proferir a sua decisão, “designará, se necessário, audiência”.

A realização da audiência, no procedimento da liquidação por arbitramento, a nosso ver, não é necessária, em caso algum.

Possivelmente, a referida previsão de audiência está conjugada com o disposto no artigo 435 de acordo com o qual “a parte que desejar esclarecimentos do perito e do assistente técnico requererá ao juiz que mande *intimá-lo a comparecer à audiência*, formulando, desde logo, as perguntas, sob forma de quesitos”.

Mesmo nesse caso, nada impede, antes tudo aconselha, que o perito seja intimado para prestar os seus esclarecimentos por escrito, sem necessidade alguma de designação de inútil audiência destinada exclusivamente à obtenção de esclarecimentos que melhor serão prestados fora da audiência, pela forma indicada.

A LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS

Cabimento:

De acordo com o artigo 475-E recorre-se à liquidação por artigos quando “para determinar o valor da condenação houver necessidade de alegar e provar fato novo”.

O fato novo a que o texto alude (e que deve ser alegado e provado) é aquele que *não* constituiu objeto do processo de conhecimento, logicamente por não ser imprescindível à verificação da *existência* da obrigação.

Com efeito, se os fatos constitutivos do direito do autor não forem provados, ao longo do processo de conhecimento, o juiz julgará improcedente o pedido inicial e, nesse caso, como é de primeira evidência, não se haverá de cogitar da liquidação da sentença condenatória inexistente.

Assim, por exemplo, não é alegável, na liquidação, como fato novo, a *ocorrência do dano*, senão que exclusivamente os fatos capazes de demonstrar a *extensão ou a dimensão* dos prejuízos dele decorrentes.

Desse modo, na ação de indenização de danos, o lesado deve alegar e provar a existência dos danos: a ruína do prédio; os estragos no veículo; a paralisação dos serviços; a redução da sua capacidade de trabalho e assim por diante.

Se não fizer essa prova da existência dos danos, o seu pedido será julgado improcedente, não havendo, portanto, que se falar em execução e, pois, em liquidação.

Se fizer essa prova e o seu pedido for julgado procedente, apurar-se-á, em liquidação, apenas, o valor da indenização dos danos já reconhecidos como existentes na sentença de condenação.

Se para determinar o valor da indenização desses danos, reconhecidos na sentença de condenação, houver necessidade de alegação e prova de fatos novos, a liquidação será feita por arbitramento: na primeira fase, faz-se a prova do dano: o prédio caiu; na segunda a dimensão do prejuízo decorrente do fato: com a queda do prédio, foram perdidas uma televisão, uma geladeira, etc. etc, o que acarretou para o autor um prejuízo indenizável de x reais.

Procedimento:

Tudo o que se disse a respeito do procedimento, na liquidação por arbitramento, vale, também, *mutatis mutandis*, para a liquidação por artigos.

Requerida a liquidação, por *petitio simplex*, “do requerimento de liquidação da sentença será a parte intimada na pessoa de seu advogado” (artigo 475-A, § 1º).

Tal como na liquidação por arbitramento, aqui, também, a intimação das partes, na pessoa dos seus advogados, para os fins assinalados, poderá ser feita mediante inserção da notícia em órgão de publicação dos atos no órgão oficial (artigos 236 e 237), não se descartando, no entanto, a possibilidade de a intimação ser feita por mandado ou pela via postal (artigos 238 e 239).

A teor do que dispõe o artigo 475-F, “na liquidação por artigos, observar-se-á, *no que couber*, o procedimento comum (artigo 272)”.

Como o procedimento comum pode ser ordinário e sumário (artigo 272), surge a indagação: Quando é que, na liquidação por artigos, observar-se-á, quanto ao mais, o procedimento ordinário e quando observável será o procedimento sumário?

A questão não é nova, pois o velho artigo 609, na redação da Lei 8.898, de 29.6.94, dispõe de forma idêntica à do novo artigo 475-F .

Nos domínios da lei velha, autores, como Dinamarco, sustentaram que, como “o procedimento comum é ordinário ou sumário” (artigo 272), a liquidação por artigos obedecerá a um procedimento ou a outro, conforme o rito adotado no processo do qual proveio o título executivo.

Assim, ao ver desses autores, se o título liquidando originar-se de processo de rito ordinário ou de especial que depois se converte em ordinário (v.g. ação de consignação em pagamento, ação possessória etc.), observável será o procedimento ordinário.

Se, no entanto, provier de processo de rito sumário, este procedimento será observado, também, na liquidação.

Já no caso de sentença proveniente de processo submetido a procedimento especial que, depois, não se converte em ordinário (v.g. ação de prestação de contas), a liquidação obedecerá ao procedimento ordinário ou sumário, de acordo com o valor da causa (artigo 275,II).

Sempre hesitamos em acompanhar tão douto ensinamento.

Em primeiro lugar, porque não se percebe o motivo pelo qual é preciso haver coincidência de ritos procedimentais, na ação de condenação e na ação (e, agora, na fase) de liquidação por artigos.

Depois, como observa, com argúcia, Humberto Theodoro Júnior, em lição escrita sobre o direito anterior, mas que continua válida até hoje, “os contornos e fins do procedimento sumário são inconciliáveis com os objetivos de apuração precisa do *quantum*; sua eventual adoção, longe de simplificar, pelo contrário, viria tumultuar e prejudicar a apuração normal do valor da prestação” (**Processo de Execução**, página 142)

Pelas razões aduzidas, sempre entendemos que, diante da redação que o artigo 609 recebeu da Lei 8.898/94 - “Observar-se-á, na liquidação por artigos, o procedimento comum”, o procedimento, na liquidação por artigos, seria:

1: sumário, se o valor dado à causa, *na petição inicial da ação de liquidação*, não ultrapassar 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo (artigo 275, I);

2: ordinário, nos demais casos, não tendo influência alguma, na determinação do procedimento utilizável, a circunstância de o título liquidando ter sido obtido em processo submetido ao rito ordinário, sumário ou especial.

Esse entendimento, no entanto, não pode ser utilizado nos domínios da Lei 11.232/05, na qual já não existe *petição inicial da ação de liquidação* e, pois, valor atribuído à causa, nessa petição inicial.

Dentro desse quadro fático e jurídico, tudo está a indicar que a lei nova pretendeu seguir pela trilha de Dinamarca, o que significa que, agora, o procedimento comum a que se refere o artigo 475-F será sumário ou ordinário, nas situações indicadas pelo processualista de São Paulo, o que é tanto mais natural e compreensível porque se agora a liquidação é só uma continuação do originário processo de conhecimento, nada justifica, a meio de caminho, a alteração do procedimento que, até então, vinha sendo observado.

Como é de primeira evidência, o pedido de liquidação deverá indicar, com precisão, quais são os fatos novos a serem provados, para servirem de base para a liquidação. Não obstante, a petição não observará as formalidades dos artigos 282 e 283, porque, como já foi salientado, de início, não se trata de uma petição inicial, de ação nova, fonte de um outro processo, também novo.

Adotado um dos procedimentos ou o outro, nas circunstâncias já indicadas, o réu, uma vez intimado, poderá apresentar defesa, no plano dos fatos e no do direito, requerer provas e, ao final, o juiz proferirá a “decisão de liquidação” (artigo 475-H) atacável mediante recurso de agravo de instrumento (também artigo 475-H).

CUMPRIMENTO DA SENTENÇA NA PENDÊNCIA DE AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA A DECISÃO DE LIQUIDAÇÃO

O recurso de agravo de instrumento, interponível contra a “decisão de liquidação”, não tem efeito suspensivo. Portanto, a decisão produz efeitos desde logo.

Segue-se, daí, que se, no prazo de 15 dias, contados do dia da publicação da decisão que julgou a liquidação, o devedor não efetuar o pagamento da quantia ali fixada, o montante da condenação

será automaticamente acrescido de multa, no percentual de dez por cento, expedindo-se, desde logo, a requerimento do credor, independentemente da interposição e do julgamento do agravo, mandado de penhora e avaliação (artigo 475-J), prosseguindo-se, na execução, depois, em seus ulteriores termos, como de Direito.

Essa execução não é só da sentença condenatória, porque ilíquida. Mas, também, não é só da decisão de liquidação, porque não tem natureza condenatória. A execução é do conjunto formado pela sentença condenatória e pela decisão que julgou a liquidação e se, nos dois segmentos, não se tem sentença e decisão transitadas em julgado, a execução será provisória; na hipótese contrária, definitiva.

LIQUIDAÇÃO, CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O juiz, quando julga procedente o pedido inicial, proferindo sentença condenatória ilíquida, condena o vencido no pagamento das custas do processo, até então realizadas e nos honorários do advogado do vencedor, como contraprestação pelo trabalho realizado.

Sobrevindo, depois, a fase da liquidação, novas despesas surgirão e mais trabalho terá o advogado do vencedor. Daí a necessidade de nova condenação no pagamento dessas novas despesas e nos honorários relativos a esses novos serviços.

Igual raciocínio há de ser desenvolvido com relação à execução mesma e à impugnação que, na lei nova, veio ocupar o lugar dos Embargos do Devedor.

DIREITO INTERTEMPORAL

Dentre os vários sistemas que regulam os problemas de direito intertemporal quanto à aplicação da lei processual, avulta aquele que, sem desconhecer que o processo é uma unidade, com relação ao fim a que se destina, observa que ele é um conjunto de atos, cada um dos quais pode ser considerado isoladamente para os efeitos de aplicação da lei nova. É o chamado sistema do isolamento dos atos processuais.

Por esse sistema, a lei nova, encontrando um processo em curso, respeita a eficácia dos atos processuais já realizados e disciplina o processo a partir da sua vigência.

Em outras palavras, a lei nova respeita os atos processuais já realizados, bem como os seus efeitos já produzidos, mas se aplica aos que houverem de realizar-se, sem prejuízo, no entanto, para os chamados “direitos processuais adquiridos”.

Alinha-se, nesse contexto, o artigo 1.211 do Código de Processo Civil, segundo o qual “este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro” e “ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão, desde logo, aos processos pendentes”.

Em suma, como anota José Olympio de Castro Filho, “encontrando determinada situação processual, que o novo código veio modificar, a pergunta que a si mesmo terá de fazer o intérprete será, sempre e sempre, a mesma: A nova lei prejudica o ato jurídico perfeito, o direito adquirido ou a coisa julgada? Se não afeta uns ou outra, aplica-se a lei nova, nos termos do artigo 1.211. Se, todavia, a aplicação do Código importar prejuízo de uns ou de outros, não poderá se aplicar, para obediência ao texto constitucional” (Comentários, Forense, volume X, 4ª. edição, página 236).

Desse modo, a nova sistemática da liquidação, inaugurada pela Lei 11.232/05, será aplicada aos processos iniciados antes do início de sua vigência, mesmo nos quais já tenham sido proferidas sentenças condenatórias ilíquidas, às quais não se seguiram ações de liquidação, propostas nos moldes da lei anterior.

Já quanto às ações de liquidação em curso no início de vigência da lei nova, prosseguir-se-á, no feito, em seus ulteriores termos, até final julgamento, de acordo com as regras da lei velha. ☐

Breves Considerações sobre a Nova Sistemática do Agravo de Instrumento

Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca
Passos

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

A Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, trouxe significativas mudanças no regime do agravo de instrumento, tendo em mira o mesmo ideário, que iniciou ao fim do século passado, com as reformas processuais, cujos objetivos primordiais, quiçá obsessivos, são a celeridade e a efetividade do processo.

Como o adjetivo do título deste modesto trabalho sugere – breves – os apontamentos limitar-se-ão a destacar os pontos que pareçam fundamentais.

Referida lei dá nova disciplina aos agravos de instrumento e retido.

O *punctum saliens* do diploma legal consiste em tornar obrigatória a conversão do agravo de instrumento em retido, o que era antes facultativo.

Outra questão digna de relevo diz respeito à extensão da imutabilidade da decisão, que dispõe sobre o efeito suspensivo, a antecipação da tutela recursal e, também, a conversão mencionada no parágrafo anterior.

Assim, o agravo de instrumento “*podia*” ser convertido, constituía “*faculdade*” do relator. Pelo novo sistema, passa a configurar poder-dever dele, retirando-se-lhe a “*discrição*” de outrora.

De fato, confrontada a redação do art. 527, inciso II, do Código de Processo Civil, e a que lhe emprestou o art.1º da lei em comento,

a diferença é flagrante: aqui se suprime o “*poderá*” e se adota o “*cònverterá*”. Há, dessarte, ordem dirigida ao relator no sentido da conversão sempre que presentes os pressupostos. O antigo “*poderá converter*” traduzia *discrissão* daquele, que ora se vê impelido a proceder à conversão. O verbo “*converterá*”, conjugado no futuro do presente, insinua a idéia de imperatividade, a lhe conferir cogência.

De outro lado, o mesmo se deduz do art. 522 do mesmo estatuto, que ganhou nova redação pela mesma lei, e estabeleceu como regra o agravo retido, só cabível o de instrumento naquelas hipóteses excepcionais.

Os pressupostos para sua ocorrência, embora expressados com outras palavras, permanecem os mesmos: não ser a decisão agravada suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação para o agravante.

O relator irá tornar concretos termos vagos, “*lesão grave*”, “*de difícil reparação*”, e tal decisão, não obstante versar concretização de conceitos jurídicos indeterminados, é irrecurável, como se depreende, embora de forma pouco clara, do que dispõe o parágrafo único do art. 527 do Código, com a redação que lhe deu a nova lei.

Imodificável parcialmente, consoante se deduz da mesma norma, a decisão que dispuser acerca do efeito suspensivo ou da antecipação da tutela recursal, a qual só poderá ser revista no momento do julgamento pelo colegiado, ou se o próprio relator reconsiderar a decisão monocrática.

Não mais interponíveis, como era possível antes, o agravo inominado e o agravo regimental.

O primeiro problema, que a lei trouxe, é a possibilidade de “*ressurreição*” do mandado de segurança, instituto praticamente sepultado e anteriormente utilizado como sucedâneo para a obtenção do efeito suspensivo, e que, por essa ânsia desmedida do legislador pela celeridade e efetividade, poderá, como fênix, ressurgir.

Os Regimentos Internos dos Tribunais, via de regra, previam o agravo regimental para o reexame das hipóteses de efeito suspensivo e antecipação da tutela recursal. De outro lado, o agravo de antes do art. 527, inciso II, contra a conversão, também deixa de existir. Referidos recursos eram incluídos em mesa e julgados rapidamente. Inaceitável, pois, a opção legislativa.

Embora prematuro, pois só o tempo dirá, não parece ser boa solução.

Malgrado incompatível com o espírito da reforma, haverá situações em que não restará, ao agravante, senão lançar mão do mandado de segurança. Afinal, a rapidez não é o único ideal do processo, senão ainda que ele seja dirimido com justiça.

Imagine-se a negativa de concessão da tutela antecipada recursal para a realização de cirurgia antes negada em 1º grau de jurisdição. Suponha-se a ocorrência de procedimento licitatório, em que o dia da abertura das propostas esteja próximo. O licitante prejudicado não poderá aguardar o desfecho do procedimento do agravo, muito menos o doente!

Tanto isso se aplica ao efeito suspensivo e à antecipação da tutela recursal, como à conversão em retido.

Note-se e insista-se: o relator dispõe acerca de conceitos indeterminados, caso em que a carga de juízo de valor é extremamente significativa, e o âmbito de liberdade bastante expressivo.

No início, dir-se-á que a impetração do *writ* só será admitida em casos excepcionais. Mas aberto o acesso, as medidas se multiplicarão, até porque os conceitos de lesão grave e de difícil reparação são elásticos, polissêmicos e comportam qualquer interpretação. E, nesse contraste axiológico entre celeridade e justiça, sem qualquer hesitação, há de prevalecer este último valor.

Tome-se como exemplo a inversão do ônus da prova na hipótese de relação de consumo. Suponha-se que recorra o fornecedor de decisão que determinou a inversão e o relator converta o agravo de instrumento em retido, por não vislumbrar risco de dano de difícil reparação. Poderá outro julgador ter concepção diversa daquele risco e entender que se encontram presentes os pressupostos, na medida em que os custos da perícia serão transferidos ao fornecedor, que se verá na contingência de produzir a contraprova para não sucumbir na demanda, pois o consumidor obteve a inversão e irá se desinteressar da produção daquela prova, visto que a presunção tem como mérito a inversão do ônus probatório em seu favor. E imagine-se que o consumidor, como de costume ocorre, esteja sob o pálio da gratuidade: elidida a presun-

ção e repelida a pretensão daquele, dificilmente o fornecedor recuperará o que despendeu com a perícia.

Não se está a apregoar que esta hipótese configure situação de risco de dano de difícil reparação. Mas, propiciando os conceitos jurídicos indeterminados exegese pouco delimitada, pois como ensina José Carlos Barbosa Moreira, na operação de concretização deles não se impõe ao aplicador da lei padrão rígido de atuação, conclusões como esta poderão acontecer.

Façamos votos de que o vaticínio não se confirme, pois o legislador olvidou lição de Miguel Reale, de que a tarefa de legislar é de ordem arquitetônica.

Last but not least, a lei em discussão tornou irrecurável a conversão do agravo de instrumento em retido.

E para se extrair que tal decisão é irrecurável não é conclusão haurida de forma simples, sem observar o legislador advertência de Karl Jasper, segundo a qual para ser genuinamente verdadeira, a verdade tem de ser comunicável.

De fato, o art. 527, parágrafo único, passou a vigor, *verbis*:

“Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar”.

Ora, os incisos II e III dizem respeito à conversão, ao efeito suspensivo e à antecipação da tutela recursal.

Primeira interpretação pode sugerir que o relator procederá à conversão, intimaria o agravado para responder o recurso e, no momento do julgamento do agravo, a questão seria revista ou mantida pelo colegiado.

Mas isso é outro contra-senso.

O espírito da reforma, sua teleologia, são a celeridade e a efetividade do processo.

Embora há muito, superado, o entendimento segundo o qual determinado critério interpretativo deva preponderar sobre outro – o exegeta deve concluir por aquilo que melhor se adapte à hipótese legal – , não há dúvida que, sendo aquela exegese um despropósito,

para o absurdo, a única interpretação que se compadece com a reforma processual, que atende sua teleologia – se bem que ela está advindo de forma fragmentada, mas não deixa de constituir um sistema – e em vista dos princípios cardeais alhures referidos, é considerar irrecorrível a conversão.

Assim, outra proposição não pode haver senão a de que a conversão do agravo de instrumento em retido é inimpugnável por outro recurso, embora possa o relator se retratar do que decidiu e aí, de forma contraditória, a solução não é cogente. No concernente ao efeito suspensivo e à antecipação da tutela recursal, a imutabilidade é parcial e serão eles objeto de reexame pelo colegiado, mas tão-somente no momento de julgamento do agravo.

Por isso, incabível vedar, *a priori*, por mero apego aos fins da reforma, a possibilidade do ingresso do mandado de segurança, cujos contornos de restrição o direito pretoriano, com a proficiência de sempre, saberá estabelecer, corrigindo as cincadas do legislador, *v.g.*, com o julgamento do recurso, - eis aí uma primeira e possível solução para coibir a indevida proliferação daquelas ações autônomas de impugnação -, diante de todas as situações que o relator repute “zona cinzenta”, reservando para a conversão em retido somente aquelas que se configurem óbvias, o que, por outro lado, importará na quase inutilidade do instituto, conclusão pessimista, contudo apodítica. ☐

A Irretroatividade das Normas

Marcelo Leonardo Tavares

Doutorando e Mestre em Direito Público pela UERJ. Coordenador de Direito Previdenciário e Professor de Direito Previdenciário e de Direito Constitucional da EMERJ. Juiz Federal.

1. INTRODUÇÃO

A principal função do Direito é a de regular relações sociais entre pessoas,¹ possibilitando que se saiba de antemão as consequências de determinados atos e a de permitir tomadas de decisões de acordo com certa expectativa. O Direito tem por finalidade precípua garantir segurança e previsibilidade a partir de premissas de condutas comportamentais previamente consideradas.

Se partirmos da definição de ordenamento dos direitos fundamentais como conjunto de normas garantidoras dos pressupostos de relacionamento entre o indivíduo e o Estado,² ressalta a importância

¹ Cabe ao Direito, no objetivo de regular condutas humanas, prever consequências positivas ou negativas para a ocorrência dos atos anteriormente definidos hipoteticamente nas normas. Neste sentido é que Hans Kelsen, após afirmar que "as normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana", prossegue: "Esta conduta pode consistir numa ação positiva ou numa omissão. Na medida, porém, em que a ordem jurídica é uma ordem social, ela somente regula, de uma maneira positiva, a conduta do indivíduo enquanto esta se refere – imediata ou mediadamente – a um outro indivíduo. É a conduta de um indivíduo em face de um, vários ou todos os outros indivíduos, a conduta recíproca dos indivíduos, que constitui o objeto desta regulamentação." *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 33 e 34.

² Para a condução do presente trabalho, a dimensão subjetiva que mais interessa é a do relacionamento entre indivíduo e Estado, sem embargo da relevância dos direitos fundamentais na regulação das relações entre as pessoas. Como define Antonio Enrique Perez Luño: "En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales determinan el

de estudarmos em que base de segurança será estipulado esse vínculo e qual o grau de estabilidade oferecido para as pessoas na relação jurídica, em especial porque o Estado monopoliza a produção das normas regulatórias e fica, em relação ao indivíduo, em nítida posição de vantagem. O Estado, que ocupa um dos pólos da relação obrigacional, tem também o poder para determinar as hipóteses definidoras do vínculo e suas conseqüências.

Vários pontos podem ser discutidos a partir da pretensão de segurança da relação jurídica entre o particular e o Estado: a amplitude da aplicação do princípio do Estado de Direito, a conformação do princípio da tipicidade e a proteção de expectativas legítimas, dentre outros.

A preocupação do trabalho, contudo, é investigar em que sentido a irretroatividade das normas protege o indivíduo em face do Estado no sistema de direitos fundamentais.

Isto porque se o Estado, além de poder estabelecer os parâmetros de fixação da relação jurídica, ainda puder estipular, sem limitação, efeitos retroativos das normas regulatórias, decerto que a segurança, um dos principais objetivos do Direito, ficará prejudicada.

A abordagem do tema envolve a busca de resposta para alguns questionamentos: a irretroatividade é princípio, regra, ou ambos? A irretroatividade é absoluta? Qual a vinculação entre a irretroatividade e a proteção do ato jurídico perfeito e do direito adquirido? Como o Supremo Tribunal Federal tem aplicado a irretroatividade?

O desenvolvimento será conduzido a partir da verificação do tratamento normativo da irretroatividade nas Constituições brasileiras, da separação entre os conceitos de vigência e eficácia, do relacionamento entre a irretroatividade e os princípios do Estado de Direito e da Segurança Jurídica e do modo pelo qual a matéria tem sido tratada nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro ponto, portanto, é o do conhecimento do tratamento normativo da irretroatividade na ordem jurídica do Brasil.

estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo em sus relaciones com el Estado que en sus relaciones entre si. Tales derechos tienden, por tanto, a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no solo frente al poder, sino también frente a los demás miembros. Los derechos fundamentales. 7ª. edición. Madrid: Editorial Tenos, 1998, p. 22.

2. IRRETROATIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Desde o Império, e à exceção do período do Estado Novo, sempre houve preocupação por parte do legislador constituinte com a disciplina da irretroatividade das normas.

De início, com previsões de puro impedimento de retroação.

A Constituição de 1924 dispunha, no art. 179, II e III: “Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade pública... A sua disposição não terá *efeito retroactivo*.”

E o art. 11, parágrafo 3º, da Constituição de 1891: “É vedado aos Estados, como à União...Prescrever leis *retroactivas*.”

A partir da Constituição de 1934 (e exceto na Carta de 1937), as previsões normativas deixaram de impedir a simples retroação da lei para, ao invés, sem mais vedá-la expressamente, ressaltar determinadas situações em que a retroação não seria possível, através da fórmula de proteção subjetiva do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada: “A lei não prejudicará do direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” (art. 113, 3, da Constituição de 1934; art. 141, parágrafo 3º, de 1946; art. 150, parágrafo 3º, de 1967).

A Constituição de 1988 repetiu o dispositivo “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI), e o protegeu como cláusula pétrea “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:...IV – os direitos e garantias individuais.”

O histórico da evolução das normas constitucionais a respeito do tema demonstra o conflito entre duas teorias: a objetiva, que pugna pela aplicação imediata das normas, acatando porém as situações jurídicas definitivamente constituídas, isto é, vedando em princípio a retroação da lei e sua aplicação a fatos passados, genericamente,³ idéia inspiradora da elaboração dos dispositivos referidos

³ “La base fondamentale de la science des conflits de lois dans les temps, c’est la distinction de l’effet rétroactif et l’effet immédiat de la loi. Cela paraît une donnée très simple: l’effet rétroactif, c’est l’application dans le passé; l’effet immédiat, l’application dans le présent; il ne paraît pas très malaise de définir et de distinguer ces deux moments de la durée. Si la loi prétend s’appliquer à des faits accomplis (*facta praeterita*), elle est rétroactive; si elle prétend s’appliquer à des situations en cours (*facta pendentes*), il faudra établir une séparation entre les parties antérieures à la date du changement de législation, qui ne pourraient être atteintes sans rétroactivité, et les parties postérieures, pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s’appliquer, n’aura jamais qu’un effet immédiat; enfin, vis-à-vis des faits à venir (*facta futura*), il est clair que la loi ne peut jamais être rétroactive.” ROUBIER, Paul. *Le Droit Transitoire*. 2e. édition. Paris: Éditions Dalloz et Sirey, 1960, p. 177.

nas Constituições de 1824 e 1891; e a teoria subjetiva, que admite a retroação, resguardada a proteção do direito subjetivamente adquirido, que influenciou nossas Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1988.⁴

Duas observações devem ser feitas: 1) no direito comparado, em regra, a disciplina da irretroatividade das normas tem natureza infraconstitucional, o que significa dizer que seu âmbito de aplicação é mais restrito do que o da proteção do ordenamento brasileiro, uma vez que seria possível a uma outra lei excepcionar a previsão geral legal protetiva contra a retroação,⁵ e 2) mesmo no período em que as Constituições (de 1824 e 1891) aliavam-se à doutrina objetiva da retroação da lei, havia posicionamentos interpretativos em favor da tese subjetiva, como o que consta na seguinte passagem da lavra de Rui Barbosa, no início do século passado:

“Não é o retroagir da lei, todo e qualquer retroagir, a retroatividade pela retroatividade, o que se quer obstar; mas o retroagir lesivamente, isto é, a retroatividade atentatória dos direitos adquiridos.”⁶

A principal diferença entre as duas teorias consiste no modo genérico de admitir ou não a retroação. A teoria objetiva admite a aplicação imediata da lei, inclusive para que produza efeitos sobre os fatos pendentes, que serão cingidos em fatos anteriores e posteriores à lei, para fim de incidência da lei nova, de plano, sobre os últimos. Mas a lei não pode ser aplicada a fatos passados. De outro lado, a teoria subjetiva não impede, como premissa, a retroação normativa, desde que protegidas determinadas situações subjetivas, dentre as quais os direitos já adquiridos.

A definição do que vem a ser direito adquirido, conceito da maior importância para a compreensão da irretroatividade segundo a teoria subjetiva, pode ser obtida a partir de comparação

⁴ Ver MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946, p. 9.

⁵ FRANÇA, Limongi. *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*. 5ª. edição. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 184.

⁶ “Leis Retroativas e Interpretativas no Direito Brasileiro”. in *Obras Completas*. Rio de Janeiro, 1948, v. 25, t. 4, p. 107.

com outros dois fenômenos: da expectativa de direito e do direito consumado.

Partindo do pressuposto da previsão normativa a respeito de uma determinada hipótese, há que se verificar se houve a ocorrência fática completa dela e se já houve produção de efeito.

Se o fato previsto na norma ainda não se aperfeiçoou, diz-se que há expectativa de direito. Se o fato já se completou, mas não houve produção de efeitos concretos, o direito já é considerado adquirido. Uma vez produzidos efeitos jurídicos, estaremos diante de direito consumado.⁷

A fim de que se delimite a abrangência do termo, conceitua-se, segundo GABBA:

“É adquirido todo direito que a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato foi consumado, embora a ocasião de fazê-lo valer se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo; e que b) nos termos da lei sob cujo império se entabulou o fato do qual se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio da quem o adquiriu.”⁸

Portanto, a verificação da ocorrência do direito adquirido requer previsão normativa sobre a hipótese e ocorrência do fato previsto na norma.

A adoção da teoria subjetiva da irretroatividade pelas Constituições brasileiras tradicionalmente é feita em torno do conceito de

⁷ Luís Roberto Barroso apresenta síntese no mesmo sentido em “A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo”. *Temas de Direito Constitucional*. V. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 60: “De modo esquemático, é possível retratar a exposição desenvolvida na síntese abaixo: a) expectativa de direito: o fato aquisitivo teve início, mas não se completou; b) direito adquirido: o fato aquisitivo já se completou, mas o efeito previsto a norma não se produziu, e c) direito consumado: o fato aquisitivo já se completou e o efeito previsto na norma já se produziu integralmente.”

⁸ “È acquisito ogni diritto, che a) è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l’occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell’attuazione di una legge nuova introna al medesimo, e che 2) a termini delle legge, sotto l’impero della quale accade il fatto da cui trae origine, entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato.”. GABBA, C. F. *Teoria della Retroattività delle Leggi*. 2ª. edizione. Torino: Unione Tipografico-editrice, 1884, v. 1, p. 191. No mesmo sentido, a definição de PORCHAT, Reynaldo. *Da Retroatividade das Leis Civis*. São Paulo, 1909, p. 32. “Direitos adquiridos são consequências de factos jurídicos passados, mas consequências ainda não realizadas, que ainda não se tornaram de todo effectivas. Direito adquirido é, pois, todo o direito fundado sobre um facto jurídico que já sucedeu, mas que ainda não foi feito valer.”

direito adquirido, e não do direito consumado. Não há necessidade de que sejam produzidos os efeitos previstos na norma antiga para que a nova norma seja impedida de incidir. Tão-só com a ocorrência do fato previsto pela norma antiga, o direito passa a integrar o patrimônio da pessoa e fica protegido contra a retroação da lei nova.

Não há, portanto, necessidade de consumação dos efeitos. A proteção contra a retroação protege-o antes, desde o momento em que já está adquirido, mesmo não fruído.

Da mesma forma, deve-se observar que, pelo menos de maneira expressa, não há proteção contra a aplicação imediata da nova norma se os fatos previstos pela antiga não se aperfeiçoaram, isto é, não é da tradição formal da legislação brasileira a proteção da expectativa de direito.⁹

Por fim, deve ser registrada a presença de mais duas alusões à irretroatividade da lei na Constituição de 1988: a proteção da liberdade física contra a aplicação retroativa da lei penal menos benéfica ao indivíduo (art. 5º, XL – “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”), e a proteção do contribuinte contra a aplicação da lei tributária menos benéfica (art. 150, III, a – “é vedada a cobrança de tributos...em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado”).

Assim é que se pode afirmar que a atual previsão normativa da Constituição não impede expressamente a retroação da lei, mas apenas protege as situações já consolidadas em direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, e protege o indivíduo em matéria penal e tributária em face de uma tipificação que lhe seja mais gravosa.¹⁰

*A proteção, no ordenamento jurídico brasileiro, da situação da expectativa de direito foge ao objetivo deste trabalho. No entanto, não é demais afirmar que os princípios da segurança jurídica e do Estado de Direito inspiram a necessidade de que as situações ainda não consolidadas, mas já em andamento na realização dos fatos (*facta pendencia*, na visão de Paul Roubier), sejam merecedoras de regras que propiciem uma transição civilizada, isto é, deve ser garantida a proteção da legítima expectativa, mesmo em grau diverso da prevista para o direito adquirido, se for o caso. Sobre o tema, ver SCHONBERG, Soren. *Legitimate Expectations in Administrative Law*. New York: Oxford University Press, 2000.

⁹No STF, ver a manifestação do Min. Celso de Mello, na ADI MC no. 605-DF: “O princípio da irretroatividade somente condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do Poder Público eventualmente configuradora de restrição gravosa (a) ao *status libertatis* da pessoa (CF, art. 5º, XL), (b) ao *status subjectionis* do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, a) e (c) à segurança jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 150, XXXVII).”

Entretanto, o fenômeno da retroação não tem como ser apreendido sem a definição dos conceitos de vigência e eficácia das normas.

3. VIGÊNCIA E EFICÁCIA DAS NORMAS

Uma norma não pode ter vigência para o passado.

Essa constatação é o principal pressuposto da necessidade de serem diferenciados os fenômenos de vigência e eficácia das normas e esses, por sua vez, ainda apartados do de existência.

O estudo dogmático a respeito do tema indica não haver convergência de opiniões.

Partamos das colocações feitas por Luís Roberto Barroso que, sem aludir ao conceito de vigência, aponta diferença entre existência e eficácia:

“A existência de um ato jurídico – que pressupõe, naturalmente, uma manifestação no mundo dos fatos – verifica-se quando estão presentes os elementos constitutivos definidos pela lei como causa eficiente de sua incidência...a ausência, deficiência ou insuficiência dos elementos que constituem pressupostos materiais de incidência da norma impedem o ingresso do ato no mundo jurídico. Será, por via de consequência, um ato inexistente, do qual o Direito só se ocupará para repeli-lo adequadamente... A eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos...Uma norma jurídica pode ser perfeita (plano da existência, com a presença de todos os elementos constitutivos), válida e eficaz, quando, concluído o seu ciclo de formação, encontra-se plenamente ajustada às regras legais superiores e está disponível para a deflagração dos efeitos que lhe são típicos. Tal seria o exemplo de uma lei formal e materialmente constitucional, em plena vigência. Pode, também, ser perfeita, válida e ineficaz,

*como, v.g., uma lei já aprovada, mas com sua vigência diferida.*¹¹

Apesar de as afirmações acima delinearem as conformações principais do fenômeno, algumas questões permanecem em aberto: 1) existência é sinônimo de vigência?, e 2) qual a diferença entre vigência e eficácia?

Sendo a norma uma espécie de ato jurídico, sua existência depende da presença de três elementos básicos: órgão, forma e objeto. Para ser verificada a existência de uma norma não importa a qualificação desses elementos, isto é, se o órgão é competente, se a forma é a prevista na norma superior na qual encontra fundamento e se o objeto é lícito, matéria reservada ao conceito de validade. Basta que os referidos elementos estejam presentes para que passe a existir. No ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer, por exemplo, que a lei ordinária existe a partir de sua sanção, ou da rejeição do veto. Ocorrendo a terceira fase do processo legislativo (após as de iniciativa e de discussão e votação), todos os órgãos previstos constitucionalmente para atuar já terão exercido suas atribuições (legislativo e executivo, ou, se for o caso, somente o legislativo, mediante a rejeição do veto), de acordo com determinada forma e considerando um objeto específico. Por este motivo, o art. 66, nos parágrafos 1º e 7º., da Constituição, utiliza-se, tecnicamente, dos termos de veto a *projeto de lei* e promulgação da *lei*. As últimas fases do processo legislativo, de promulgação e publicação, são fases meramente complementares. O procedimento de elaboração legislativa encontra-se constituído com a sanção ou rejeição do veto. Pode-se afirmar, então: neste momento, a lei passa a existir.

Contudo, não pode gerar efeito, não pode ser executada.

E nisto consiste a diferença entre existência e vigência. A lei que tem vida, que já integra o ordenamento jurídico e é passível de execução, é a lei em vigor, ou vigente. A vigência da lei tem por pressuposto obrigatório sua publicação. Não há lei em vigor sem

¹¹ O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 3ª. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 78/82.

que tenha sido dado conhecimento de sua existência a todos. Pode haver lei já publicada sem vigência, em período de *vacatio legis*. Mas não o contrário, lei em vigor sem publicação.

A vigência da lei ocorre sempre para o futuro, por questão de natureza, pois para o futuro corre o tempo.

Se a publicação é pressuposto da vigência e ela somente ocorre em determinado momento, somente a partir dele se pode cogitar que ela entre em vigor. Não se pode publicar uma norma em momento passado.¹²

A consequência dessa afirmação é que a retroação não altera a vigência da lei, como pode parecer à primeira vista, mas sim sua eficácia. Uma lei não pode ter vida para o passado, mas pode deitar suas consequências com efeito retroativo.

A eficácia normativa surge em decorrência da vigência, mas com ela não se confunde, e pode ser definida como a aptidão genérica da norma em produzir efeitos jurídicos, isto é, a capacidade de incidir sobre fatos, regulando relações jurídicas.

Em regra, pode-se afirmar que uma norma em vigor é eficaz e uma norma eficaz está em vigor.

Mas não obrigatoriamente os fenômenos serão simultâneos.

Há normas em vigor não eficazes, pois, apesar de já integram o ordenamento jurídico e serem passíveis, em tese, de execução, pende sobre elas condição suspensiva de eficácia. É o que ocorre, por exemplo, com a lei que institui contribuição para a seguridade social, em vigor a partir da publicação, durante os noventa dias a contar daí, por força do art. 195, parágrafo 6º, da Constituição. Pode-se afirmar que a lei já estará em vigor, mas ainda não é eficaz, isto é, não pode incidir sobre os fatos geradores em virtude de uma condição suspensiva garantidora da não-surpresa ao contribuinte. Tam-

¹² Essas afirmações aproximam-se da exposição de José Afonso da Silva em *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 52. O autor afirma: "A vigência, aqui, é tomada no seu sentido técnico-formal de norma que foi regularmente promulgada e publicada, com a condição de entrar em vigor em data determinada. Vigência (do verbo *vigere*) é, no sentido indicado, a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, que a faz exigível, sob certas condições. Vigência, pois, é o modo específico da existência da norma jurídica. Vigência não se confunde com eficácia, como veremos mais embaixo; mas para que a eficácia se verifique é necessário que a norma comece a vigorar. A vigência é condição de efetivação da eficácia...". A diferença é que o constitucionalista não identifica distinção entre os conceitos de existência e vigência propriamente dita.

bém é o caso da norma objeto de decisão que defere medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade – ADI. Estará em vigor, com eficácia suspensa. Ou aquela declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de inconstitucionalidade após a edição de Resolução pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição. Tecnicamente, a norma, declarada inválida com efeito abrangente apenas das pessoas envolvidas no processo levado a julgamento no STF, tem sua vigência continuada, com eficácia suspensa, a partir da edição da referida Resolução, de forma *erga omnes*. O mesmo se pode afirmar em relação ao que acontece com norma supletiva eventualmente editada pelo Estado da Federação em matéria de competência concorrente quando a União passa a exercer sua atribuição de editar normas gerais (art. 24, parágrafo 4º, da Constituição).

Acontece o fenômeno inverso na retroação da lei.

Uma lei entra em vigor e passa a ser aplicável aos fatos. Em geral, aos fatos a partir de sua vigência. Mas poderia, em tese, até mesmo incidir sobre fatos passados.

Assim, a retroatividade da lei não altera sua vigência, que se dá sempre para o futuro, mas faz com que ela possa regular relações estabelecidas em fatos ocorridos no passado. É o caso da lei penal mais benéfica: é publicada, entra em vigor para o futuro, mas também incide sobre atos anteriores a este momento.

Devem ser apartados, portanto, os fenômenos da existência, da vigência, da validade, da eficácia e da aplicabilidade da norma.

Se os elementos constitutivos da norma não estiverem presentes, ela não existe e em regra sequer há necessidade de manifestação expressa neste sentido. Imaginemos uma “lei” elaborada pelos alunos de uma faculdade de Direito. O vício de atribuição do órgão elaborador é tão grave, tendo em vista que não é sequer órgão do Estado e nem em tese a poderia ter elaborado, que o ato não existe e isso não exige maior formalidade na verificação. Não há necessidade de um pronunciamento oficial a respeito do vício. Estaremos diante de uma “não-lei”.

Se os elementos compuserem a lei mas não forem adequados à previsão normativa na qual encontra fundamento, a referida lei é inválida e, para que se possa contrariar a presunção relativa de sua

constitucionalidade, é importante que haja declaração oficial neste sentido.

Prosseguindo, uma lei publicada entra em vigor imediatamente ou na data designada no futuro. E, em princípio, estará apta a incidir sobre os fatos por ela previstos, quando ocorrerem, se não pender uma condição suspensiva, e até mesmo sobre fatos passados, se for o caso. Diremos que é eficaz, pois tem aptidão genérica para incidir.

Poderá, ainda, ser aplicada a alguns fatos, mas não a outros, que estão fora de seu âmbito de incidência. Para os primeiros, terá aplicabilidade, será aplicável, mas não para os demais.¹³

Logo, é a partir da diferença entre os diversos atributos do ato normativo, em especial da distinção entre vigência e eficácia, que se deve efetuar o estudo da retroatividade da norma.

Neste sentido, vimos que é possível à norma, em tese, incidir sobre fatos passados – ter eficácia retroativa.

Resta saber se isto é desejável pelo Direito, como ele impede a retroação na medida em que não lhe interessa, como a permite quando lhe parece adequada, e se há critérios de avaliação de sua validade. Ainda, se a disciplina da irretroatividade é efetuada no Brasil através de princípio ou regra, com caráter absoluto ou relativo.

4. IRRETROATIVIDADE: REGRA OU PRINCÍPIO?

No momento atual de desenvolvimento da dogmática jurídica é notório o esforço empreendido na compreensão do fenômeno normativo, em especial na distinção entre princípios e regras como espécies de normas.¹⁴

Partiremos de uma proposta conceitual de regra efetuada por Humberto Ávila:¹⁵

¹³ Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquele como potencialidade, esta como realizabilidade, praticidade." DA SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 55.

¹⁴ Dentre outras, destacam-se, como obras de referência, DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1991 e ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. Por certo não se pretende, neste trabalho, aprofundar a discussão do tema além do que interessa ao fenômeno da retroação.

¹⁵ *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70.

“As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.”

Para o autor gaúcho, a eficácia interna direta das regras é preliminarmente decisiva, isto é, as regras estabelecem uma solução provisória para determinado conflito de interesses já detectado pelo Poder Legislativo; possuem uma função definitiva “na medida em que delimitam o comportamento que deverá ser adotado para concretizar as finalidades estabelecidas pelos princípios” (eficácia interna indireta) e têm uma eficácia externa que é a de “estabelecer condutas” e “a de atribuir a um determinado sujeito a propriedade de ser competente para realizar determinado ato jurídico sobre uma matéria dada.”¹⁶

Neste sentido pode-se afirmar que a previsão “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” é uma regra, pois determina uma conduta ao legislador para que, se pretender editar uma lei retroativa, não possa prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. A competência para praticar o ato legislativo retroativo é dada ao legislador a partir de uma opção constitucional prévia de ponderação entre o princípio da segurança e o princípio da legalidade, diante da necessidade, ao mesmo tempo, de se garantir previsibilidade nas conseqüências da conduta humana, e a possibilidade de normatização de fatos passados, para regular atos que antes ou não estavam previstos ou foram previstos de forma indevida ou insuficiente na avaliação do Estado.

O mais importante a ser extraído da leitura desse dispositivo constitucional como regra é a conclusão de que ele não veda a retroação.

Pelo contrário, admite-a mesmo, desde que respeitadas as garantias referidas.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 82, 83 e 86.

Pode-se ler o dispositivo assim, como regra: a lei pode ser normalmente retroativa, desde que não prejudique o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. E vejamos a gravidade da consequência: se esta é a regra, a lei se aplica ao passado, mesmo implicitamente.

Para alguns, essa é a única leitura a ser feita. Como exemplo, cito parte de voto proferido, no Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Eros Grau:

“Aqui neste Tribunal deixou-se bem claro, em inúmeros votos do Ministro Orosimbo Nonato, que a Constituição de 1946, ao contrário da 1891, não estabeleceu a proibição de leis retroativas, bastando-se afirmar que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Essas observações cabem qual uma luva à Constituição de 1988. Os mais atentos sabem que no Brasil, na vigência da Constituição de 1988, não há vedação da retroatividade das leis senão quando a retroação de uma delas prejudique direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada...Em outros termos: no Brasil, sob a égide da Constituição de 1988, a lei é, em princípio, retroativa. Apenas não pode (prossigo a transcrever Francisco Campos)”¹⁷ ‘alterar as situações jurídicas definitivamente constituídas retirando do patrimônio público ou privado direito que a ele tenha incorporado em virtude de fato ou de ato jurídico, ao qual a lei do tempo do seu evento ou da sua realização atribuisse a força de gerar aquele efeito’.”¹⁸

A interpretação parece ser insuficiente.

Isto porque, derivado do princípio da segurança jurídica, que por sua vez deriva do princípio do Estado de Direito,¹⁹ há possibili-

¹⁷ Direito Administrativo, vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 12: “A Constituição não determina, com efeito, que a lei não deve ser retroativa. O que ela prescreve é que a lei não poderá retroagir em prejuízo de direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada.”

¹⁸ ADI nº. 3.128-DF, p. 581/582.

¹⁹ Ver ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 296: “Recentemente o Supremo Tribunal Federal, com base em clássico estudo de COUTO E SILVA, decidiu que o princípio da segurança

dade de se extrair um princípio da irretroatividade do dispositivo do art. 5º, XXXVI, da Constituição.²⁰

O princípio da irretroatividade busca imediatamente proteger a finalidade da previsibilidade e estabilidade das condutas humanas, possibilitando às pessoas que pautem suas condutas de acordo com a norma previamente editada e da qual se deu conhecimento.

Estabelece, como orientação geral, ao contrário da leitura que se pode obter do dispositivo como regra, um ideal de que a lei não deve atingir fatos passados, sob pena de gerar insegurança na sociedade, da seguinte forma: as leis não devem, em princípio, retroagir.

A irretroatividade, como princípio estabelecido com base no Estado de Direito, reforça o valor da eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade do Estado em relação aos cidadãos.

E isso é vital para a efetivação dos direitos fundamentais.

Como visto anteriormente, a questão da possibilidade de retroação da norma é especialmente cara aos direitos fundamentais, tendo em vista que esses direitos são configurados a partir de uma relação jurídica Estado-indivíduo, em que uma das partes, o Estado, tem o monopólio para estabelecer as regras do relacionamento.

O princípio do Estado do Direito impõe a aceitação do princípio da irretroatividade e faz com que a relação jurídica de direitos fundamentais, antes apoiada na vontade pura do Estado, desloque-se para condicioná-la à liberdade dos cidadãos, indicando ao Estado que se abstenha, *a priori*, de normatizar para atingir fatos ocorridos no passado.²¹

jurídica é sub-princípio do sobre princípio do Estado de Direito, da seguinte forma: "Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (v. g. art. 2º). Em verdade, a segurança jurídica, como sub-princípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado a realização da própria idéia de justiça material. (...) (Petição nº. 2900, Rio Grande do Sul, Medida Cautelar, Decisão em 08.04.2003, Relator Ministro Gilmar Mendes, Informativo do Supremo Tribunal Federal, nº. 310, transcrições)."

²⁰Idem, p. 142. O autor apresenta comentário sob foco da previsão de irretroatividade da lei tributária: "Na perspectiva da espécie normativa que a exterioriza, a proibição de retroatividade é bidimensional. Sua dimensão normativa preponderante é de regra, na medida em que descreve o comportamento a ser adotado pelo Poder Legislativo, ... É preciso enfatizar, porém, que a irretroatividade possui sentido normativo indireto de princípio, na medida em que estabelece o dever de buscar um ideal da previsibilidade, de estabilidade, de cognoscibilidade, de confiabilidade e de lealdade."

²¹No mesmo sentido, ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Valladolid: Trotta, 1995, p. 23/24: "La tradicional concepción de la organización estatal, apoyada solo sobre el principio de autoridad, comienza a experimentar un

Portanto, não apenas a regra da irretroatividade da lei traz segurança aos direitos fundamentais, protegendo a situações de direito adquirido, de ato jurídico perfeito e coisa julgada, mas também e especialmente o princípio da irretroatividade, ao exigir do Estado que, na atividade normativa de relação jurídica entre ele e os indivíduos, abstenha-se, como orientação geral, de disciplinar fatos já ocorridos, isto é, não abuse de sua posição de vantagem de ser parte e normatizador ao mesmo tempo, pois de outra forma acabará por prejudicar padrões de previsibilidade e estabilidade nas condutas.

O princípio da irretroatividade, ao excluir, a *priori*, a retroação normativa, passa a exigir, para que ela ocorra, previsão expressa em lei e a sujeita a uma avaliação de relevância no fim protegido que justifique o sacrifício, pelo menos em parte, da segurança da relação.²² Ausente a relevância do valor que tenha ensejado a aprovação da norma retroativa, esta fica passível de declaração de invalidade, por agressão à Constituição.

Pode-se então concluir a respeito da interpretação do dispositivo do art. 5º, XXXVI, da Constituição: é um princípio e uma regra, da qual se extrai o seguinte comando normativo: a lei não deve, a *priori*, retroagir; se o fizer, que seja de forma expressa, para a proteção justificável de relevante bem jurídico, e sem agredir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Portanto, a irretroatividade não é absoluta. A retroação não deve, mas pode ocorrer, sob determinadas condições permitidas pela Constituição.

Consolidada a conformação da irretroatividade, resta verificarmos como o Supremo Tribunal Federal a tem interpretado em sua jurisprudência.

cambio. El sentido general del Estado liberal de derecho consiste en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad, en el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley. Éste es el núcleo central de una importante concepción del derecho preñada de consecuencias."

²² A importância da leitura do dispositivo como princípio realinha a imposição ética no relacionamento entre o Estado e indivíduo, legitimando o poder. Como comentam ATIENZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan em *Las piezas del derecho – Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996, p. 25: *"...el poder del Derecho en la sociedad aumenta también la demanda de que ese poder esté limitado por criterios morales que los ordenamientos jurídicos tienden a incorporar bajo la forma de derechos humanos o derechos fundamentales. Por eso, los principios jurídicos encuentran una formulación cada vez más explícita en las declaraciones de derechos recogidas en las Constituciones."*

5. A IRRETROATIVIDADE DAS NORMAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O Supremo Tribunal Federal possui diversos precedentes de aplicação do dispositivo da irretroatividade, desde antes da edição da atual Constituição.

Em linhas gerais, verifica-se que as decisões encontram-se baseadas na distinção da abrangência da retroação e nos efeitos diversos da retroação em relação às espécies normativas constitucional e legal.

Serão estudados quatro casos paradigmáticos, esperando-se, com isso, traçar um perfil dos principais posicionamentos do Tribunal a respeito da matéria: o primeiro é de um julgamento anterior à Constituição de 1988 e tem como principal questão a delimitação da possibilidade de retroação por norma constitucional editada por emenda; no segundo, apura-se a capacidade de incidência imediata da nova Constituição; no terceiro, a aplicação da norma legal, e no quarto qual a atual orientação do Supremo Tribunal Federal na admissibilidade ou não de retroação de norma de emenda constitucional, após a Carta de 1988.

1º. caso: RE nº. 94.414-1, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 13 de fevereiro de 1985.

Relato: o art. 114, I, da Constituição de 1967, com redação dada pela EC nº. 1/69, dispunha: "Art. 114. É vedado ao juiz, sob pena de perda do cargo público: I – exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo um cargo de magistério e nos casos previstos nesta Constituição."²³

Em 1977 foi editada a EC nº. 7, que deu nova redação ao inciso, estabelecendo: "I – exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular, e nos casos previstos nesta Constituição."

Com isso, houve maior restrição à liberdade de exercício de outra atividade por magistrado, mediante dispositivo com redação

²³ A Emenda Constitucional nº. 1/69 não inovou nesta matéria e manteve o mesmo conteúdo normativo do art. 109, I, da Constituição de 1967.

dada por emenda constitucional. Enquanto a regra original impedia que o juiz exercesse outra função pública, salvo um cargo de magistério, o que significa dizer que poderia exercer livremente outras funções privadas e, mesmo no caso de magistério, não necessariamente seria de nível superior, a redação dada pela EC nº. 7/77 limitava, a partir dela, o exercício de outra atividade por magistrado a uma função pública ou privada de magistério superior.

Alguns juízes, investidos nos cargos antes da entrada em vigor da EC nº. 7/77, questionaram a aplicabilidade da alteração, sob fundamento de que a emenda constitucional não poderia retroagir para abranger a situação funcional deles, já consolidada.

O controle de constitucionalidade foi efetuado tendo, por norma objeto, a nova redação do art. 114, I, da Constituição, com redação dada pela EC nº. 7/77 e, por norma paradigma, o art. 150, parágrafo 3º, daquela Constituição, que vedava à lei agredir direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Neste julgamento, o Supremo Tribunal Federal definiu a aplicabilidade imediata das normas constitucionais, sem que se pudesse invocar contra elas a figura do direito adquirido. Foi fixado o entendimento de que a regra da impossibilidade de agressão pela lei ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada dirige-se apenas ao legislador ordinário, e não ao constituinte, seja ele originário, seja ele derivado. Apoiado nas lições de João Barbalho (*Constituição Federal Brasileira – Comentários*, 1902, p. 42), Carlos Maximiliano (*Comentários à Constituição de 1946*, v. III, 5ª. edição, 1954, nº. 505, nota 7, e *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*, 1946, p. 60), Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº. 1 de 1969*, tomo I, p. 538 e tomo VI, p. 389) e Bento de Faria (*Aplicação e Retroatividade da Lei*, 1934, p. 25), o Supremo afirmou que se o Poder Constituinte, originário ou derivado, determina a imposição da regra, o interesse pelo bem comum exige sua aplicação imediata sobre os efeitos futuros (impedimento, a partir dali, do exercício de outra função, pública ou privada, que não seja a do magistério superior) de fatos passados (investidura pretérita em cargo de magistrado).

Destaco a passagem seguinte do voto do relator, por seu teor explicativo: "...a Constituição aplica-se de imediato, não desfaz efei-

tos passados de fatos passados (salvo se expressamente estabelecer o contrário), mas alcança os efeitos futuros de fatos a ela anteriores (exceto se os ressaltar de modo inequívoco).”²⁴

Conclusão: De acordo com o precedente, apoiado em lições doutrinárias praticamente consensuais à época, não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do Poder Constituinte originário ou do Poder Constituinte derivado.

Obs: as normas objeto de análise, os fatos e a decisão foram anteriores à Constituição de 1988.

2º. caso. RE nº. 140.499-0, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 12 de abril de 1994.

Relato: Alguns benefícios especiais de pensão por morte foram concedidos pela Administração Pública do Estado de Goiás, antes da Constituição de 1988, vinculados ao valor do salário mínimo. Isto significava que toda vez que houvesse nova estipulação do valor do salário mínimo, automaticamente seriam aumentadas as pensões. A nova Carta, no art. 7º, IV, vedou a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Após sua edição, o Estado aplicou índice de reajuste diferente do utilizado pela União para atualizar o salário mínimo. As pensionistas, no processo, sob argumento de consolidação de direito adquirido, sustentaram a não aplicação do dispositivo constitucional ao caso delas, uma vez que estariam protegidas por direito adquirido.

O controle de constitucionalidade foi efetuado tendo, por norma objeto, a norma legal editada após a Constituição de 1988, que desvinculou o reajuste das pensões da modificação do valor do salário mínimo, por força do art. 7º, IV, da Constituição e, por norma paradigma, o art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, que veda à lei agredir direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Neste julgamento, o Supremo Tribunal Federal reafirma a impossibilidade de invocação de direito adquirido em face de nova Constituição, cujas normas devem ter eficácia imediata, aplicando-se aos efeitos futuros de fatos passados.

²⁴ P. 236.

O precedente é relevante para identificar o conceito de retroatividade mínima, média e máxima. Destaca-se, assim, a seguinte passagem do voto do relator:

“Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que os dispositivos constitucionais têm vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima). Salvo disposição expressa em contrário – e a Constituição pode fazê-lo –, eles não alcançam os fatos consumados no passado nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividade máxima e média).”

O posicionamento do Min. Moreira Alves nessa matéria tem por base os ensinamentos de Matos Peixoto, que assim expunha o tema:

“Dá-se a retroatividade máxima (também chamada restituitória, porque em geral restitui as partes ao ‘status quo ante’), quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados (transação, pagamento e prescrição)...A retroatividade é média quando a lei nova atinge o efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela...enfim a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor.”²⁵

No mesmo sentido é a lição de Paul Roubier:

“Se a lei pretende aplicar-se aos fatos realizados (facta praeterita), é ela retroativa; se pretende aplicar-se a situações em curso (facta pendentia), convirá estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da modificação da legislação, que não poderão ser atingidas sem retroatividade, e as

²⁵“Limite temporal da lei”. Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, v. IX, p. 9 a 47.

*partes posteriores, para as quais a lei nova, se ela deve aplicar-se, não terá efeito imediato; enfim, diante dos fatos a ocorrer (facta futura), é claro que a lei não pode jamais ser retroativa.*⁷²⁶

Aplicando os ensinamentos ao caso, teremos: a norma constitucional editada pelo Poder Constituinte Originário deve ser imediatamente aplicada aos fatos pendentes e aos futuros, isto é, a partir de sua edição, atinge o direito adquirido e impede que as pensões antigas sejam reajustadas por vinculação automática ao aumento do salário mínimo (aplicação imediata à parte posterior do *facta pendentia*), bem como atinge a expectativa de direito ao vedar que as novas pensões a serem concedidas, para as quais nem todos os requisitos se encontravam presentes quando entrou em vigor a nova norma constitucional, estipulem o salário mínimo como referência de reajuste (*facta futura*).

A retroação mínima de qualquer norma constitucional original é fenômeno que ocorre naturalmente. A norma constitucional pode, ainda, mas desde que o faça de forma expressa, ter aplicação retroativa máxima sobre fatos passados (*facta praeterita*), desconstituindo direito consumado e determinando a devolução da diferença entre o reajuste sob novo índice estipulado e o da vinculação ao salário mínimo sobre as competências passadas e recebidas de pensão; e retroação média sobre a parte passada dos fatos pendentes (parte passada do *facta pendentia*), desconstituindo direito adquirido e impedindo que as pensionistas recebam competências anteriores à Constituição, mas ainda não pagas, com reajuste por vinculação ao salário mínimo.

A partir dessas afirmações, é possível organizar-se o seguinte quadro quanto à eficácia das *normas constitucionais* e sua retroatividade:

⁷²⁶ "Si la loi prétend s'appliquer à des faits accomplis (*facta praeterita*), elle est rétroactive; si elle prétend s'appliquer à des situations en cours (*facta pendentia*), il faudra établir une séparation entre les parties antérieures à la date du changement de législation, qui ne pourraient être atteintes sans rétroactivité, et les parties postérieures, pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s'appliquer, n'aura jamais qu'un effet immédiat; enfin, vis-à-vis des faits à venir (*facta futura*), il est clair que la loi ne peut jamais être rétroactive." *Op. cit.*, p. 177.

QUADRO 1

INCIDÊNCIA SOBRE...	FACTA	DIREITO AGREDIDO	RETROAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL
Título anterior à nova constituição com efeitos passados ainda não fruídos	<i>Praeferita</i>	Consumado	Máxima. Possível, desde que a constituição tenha referência expressa
Título anterior à nova constituição com efeitos passados ainda não fruídos	Parte anterior do <i>facta pendentia</i>	Adquirido	Média. Possível, desde que a constituição tenha referência expressa
Título anterior à nova constituição com efeitos futuros a ela	Parte posterior <i>facta pendentia</i>	Adquirido	Mínima. Aplicação imediata da constituição. Ocorre em regra, sem necessidade de referência expressa
Título posterior à nova constituição	<i>Futura</i>	Expectativa de direito	A rigor não é caso de retroação. Aplica-se a nova norma constitucional.

Assim é que se afirma que não há direito adquirido em face da Constituição.

A nova norma constitucional aplica-se imediatamente sobre os efeitos futuros fixados em título anterior à norma (retroação mínima), desconstituindo direito adquirido. Também se aplica aos títulos que ainda não ingressaram no patrimônio da pessoa, pois os requisitos não foram completados sob vigência da regra anterior, impedindo que a expectativa de direito se realize com a transformação em direito adquirido. Nessa última situação não há agressão a direito

adquirido. E dela se cunha a afirmação de que não há direito adquirido a regime jurídico e consigna que o direito não é adquirido tão-só pela previsão normativa, mas sim pela ocorrência de todos os fatos previstos em lei para tanto.

Obs.: o julgamento envolveu aplicação de norma constitucional editada pelo Poder Constituinte Originário sobre título jurídico anterior à Constituição.

3º. caso: ADI nº. 493-0, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 25 de junho de 1992.

Relato: Foram pactuados contratos de mútuo vinculados ao sistema brasileiro de habitação com previsão de atualização do saldo devedor pelo Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP). A Medida Provisória nº. 294/1991, convertida na Lei nº. 8.177/91, alterou a forma de atualização do referido saldo, passando a adotar a Taxa Referencial (TR) como critério, com pretensão de ser aplicada não só aos contratos futuros, mas também aos reajustes futuros de contratos lavrados anteriormente à sua entrada em vigor.

A questão que envolve o processo é a possibilidade ou não de a lei nova ser aplicada para alterar, no futuro, os critérios de atualização de saldo devedor de contratos pactuados antes, isto é, se a lei pode ter retroação mínima.

O controle de constitucionalidade foi efetuado tendo, por norma objeto, os dispositivos da MP nº. 294/91 e da lei de conversão, Lei nº. 8.177/91, que introduziram a TR como índice de reajuste a ser aplicado a todos os contratos lavrados antes ou depois das novas regras. A norma paradigma é o art. 5º., XXXVI, da Constituição de 1988, que veda à lei agredir direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Neste julgamento, o Supremo Tribunal Federal afirma a possibilidade de aplicação da nova norma infraconstitucional somente aos contratos (títulos) lavrados depois de sua edição. E impede que a lei tenha retroação mínima.

A Corte, neste caso, deixa patente que aplicar a lei nova aos efeitos futuros de fato passado (retroação mínima) é modalidade de retroação vedada pela Constituição.

A respeito do tema, consta no voto do relator:

“Quanto à terceira espécie (de retroação) – a da retroatividade mínima -, há autores que sustentam que, nesse caso, não se verifica, propriamente, a retroatividade, ocorrendo, aí, tão somente a aplicação imediata da lei...Essas colocações são manifestamente equivocadas, pois dúvida não há de que, se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa porque vai interferir na causa, que é um fato ocorrido no passado. Nesse caso, a aplicação imediata se faz, mas com efeito retroativo.”²⁷

Além disso, o Supremo Tribunal também se pronunciou categoricamente no sentido de que o preceito constitucional que determina que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada aplica-se a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva.

Outra passagem do voto do relator que merece destaque:

“No direito brasileiro, o princípio do respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido é de natureza constitucional, e não excepciona de sua observância por parte do legislador lei infraconstitucional de qualquer espécie, inclusive de ordem pública, ao contrário do que sucede em países como a França em que esse princípio é estabelecido em lei ordinária, e, conseqüentemente, não obriga o legislador (que pode afastá-lo em lei ordinária posterior), mas apenas o juiz, que, no entanto, em se tratando de lei ordinária de ordem pública, pode aplicá-la, no entender de muitos, retroativamente ainda que ela silencie a esse respeito.”²⁸

²⁷ P. 302 e 303. Dois autores merecem referência no posicionamento afastado pelo Supremo Tribunal Federal: PLANIOL. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Paris: Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, vol. 1, p. 95., e ROUBIER, Paul. *Op. cit.*, p. 177.

²⁸ P. 304.

Podemos nos utilizar de um exemplo mais completo para a compreensão do fenômeno da retroação da norma infraconstitucional.

Suponhamos que uma lei estipule um limite máximo X como índice de juros de mora para determinados contratos e duas pessoas contratem com a fixação do referido índice X permitido em lei. O devedor de uma obrigação decorrente do contrato fica inadimplente por um período. Paga algumas prestações em atraso com juros no índice fixado. Outras competências vencidas, em atraso, ainda não foram pagas e é então editada nova lei reduzindo a fixação do índice máximo de juros de mora para X/2.

Se essa lei somente fosse aplicada aos contratos lavrados após o início de sua eficácia, teria efeito para o futuro (incidirá sobre *facta futura*), que é admitido pela Constituição. Não há nenhuma limitação a isso, pois a lei não seria retroativa.

Se a lei determinasse que a nova taxa de juros seria aplicada às competências vencidas em relação a sua entrada em vigor (incidência sobre os efeitos futuros de fatos passados, isto é, parte posterior do *facta pendentia*), incidindo sobre contratos lavrados antes (hipótese semelhante à da aplicação da TR), teria eficácia mínima, o que é vedado pela Constituição.

Se a lei impedisse ao credor a percepção de valores de competências vencidas inadimplidas antes da entrada em vigor da lei, teria eficácia retroativa média, o que também não é admitido pela Constituição.

E se a nova lei determinasse a devolução de valores recebidos em competências pretéritas com base na diferença entre a taxa de juros X pactuada e a X/2, prevista na nova lei, teria retroatividade máxima, o que também não seria permitido.

Em relação a normas infraconstitucionais, não é possível qualquer modalidade de retroação, mínima, média ou máxima, seja por lei de ordem pública ou privada.

Portanto é possível organizar-se o seguinte quadro quanto à eficácia das *normas infraconstitucionais* e sua retroatividade:

QUADRO 2

INCIDÊNCIA SOBRE...	FACTA	DIREITO AGREDIDO	RETROAÇÃO DA NORMA LEGAL
Título anterior à nova lei com efeitos passados já fruídos	<i>Praeterita</i>	Consumado	Máxima. Não é possível
Título anterior à nova lei com efeitos passados ainda não fruídos	Parte posterior do <i>facta pendentia</i>	Adquirido	Média. Não é possível
Título anterior à nova lei com efeitos futuros a ela	Parte posterior do <i>facta pendentia</i>	Adquirido	Mínima. Não é possível.
Título posterior à nova lei	<i>Futura</i>	Expectativa de direito	A rigor, não é caso de retroação. Aplica-se a nova norma legal.

Obs.: o julgamento envolveu aplicação de norma infraconstitucional sobre título jurídico anterior à nova lei.

4º. caso: ADI nº. 3.128-7, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para acórdão Min. Cezar Peluso. Julgamento em agosto de 2004.

Relato: O art. 4º da EC nº. 41/2003 previu a incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e pensões concedidas pela Administração Pública antes de sua edição. Foi então proposta ADI que, dentre diversos objetos, impugnava a referida cobrança, sob vários argumentos, sendo um deles a impos-

sibilidade de aplicação de emenda constitucional retroativa agressora de direito adquirido.

Para o que interessa ao trabalho, a principal questão posta em julgamento diz respeito à possibilidade de cobrança de contribuição previdenciária incidente sobre proventos de aposentadorias e pensões concedidas até o dia 31/12/2003, véspera da data da entrada em vigor da EC nº. 41/2003.

Na sessão de julgamento havia muita expectativa sobre qual posicionamento seria adotado pelo Supremo Tribunal Federal, após a Constituição de 1988, a respeito da possibilidade ou não de emenda constitucional desrespeitar direito adquirido. Relembre-se que o entendimento da Corte anteriormente era no sentido de que a limitação contra a retroação somente abrangia atos legislativos infraconstitucionais (conforme estudo anterior do caso 1).

Não foi desta vez.

No julgamento da ADI nº. 3.128-7, o Supremo Tribunal Federal deixou de expressar seu posicionamento a respeito do tema, pois a maioria dos ministros afirmou que não havia direito adquirido à não tributação futura, isto é, o título de aposentadoria ou pensão anterior não confere regra de imunidade tributária. E por não se estar diante de violação a direito adquirido não haveria necessidade de pronunciamento, neste caso, sobre a possibilidade ou não emenda constitucional agredi-lo.

Mas isso não significa que não se possam extrair alguns ensinamentos do julgamento, uma vez que alguns ministros pronunciaram-se formalmente.

Os ministros Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, Marco Aurélio e Ellen Gracie votaram no sentido da inconstitucionalidade da cobrança por violação do direito adquirido e afirmaram que emenda constitucional não pode agredi-lo.

O Ministro Joaquim Barbosa afirmou que a cláusula da irretroatividade do art. 5º, XXXVI, da Constituição “protege os direitos adquiridos contra iniciativas do legislador infraconstitucional, e não do constituinte derivado.”²⁹ Na mesma linha indicativa, apesar

²⁹ P. 496.

de não ter feito a afirmação expressamente, parece caminhar o voto do ministro Nelson Jobim.³⁰

Os demais ministros, dentre eles Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence, não se pronunciaram sobre a questão.

Logo, pode-se afirmar, no momento da redação do trabalho, que ainda não há maioria configurada no Supremo Tribunal Federal para modificar o entendimento tradicional de que o dispositivo do art. 5º, XXXVI, da Constituição, não limita a atuação do Poder Constituinte Derivado.

E a questão merece análise.

O ministro Celso de Mello, em seu voto, afirma:

“Cumprir registrar, neste ponto, que não apenas os atos legislativos comuns, mas quaisquer outras espécies normativas – incluída, também, a própria emenda à Constituição – devem observar em seu processo de formação, a cláusula constitucional pertinente do direito adquirido, sob pena de, em assim não ocorrendo, incidirem em situação de inconstitucionalidade material.”³¹

Essa é a postura moderna mais comum entre os professores de Direito Constitucional.³²

³⁰ P. 769: “Lá, Ministro Sepúlveda Pertence, (refere-se à última Assembléia Nacional Constituinte) o discurso era exatamente este: falava-se na lei infraconstitucional. Por quê? Porque sempre tive presente, no processo constituinte, que a petrificação contra a Constituição, quando as necessidades sociais possam determinar situações adversas, corresponde a empurrar governos para a ilegalidade e para o golpe, no sentido de derrubar a Constituição para reformá-la. Isso, as Constituições, na sua manutenção e na sua plasticidade futura, não podem impor à sociedade.”

³¹ P. 707.

³² Ver BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 52; DA SILVA, José Afonso. “Reforma Constitucional e Direito Adquirido.” *In: Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 221-333; BRITTO, Carlos Ayres e PONTES FILHO, Waldir. “Direito Adquirido contra Emenda Constitucional”. *In Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, nº 202:75-90, 1995; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 191-204; FERREIRA, Luiz Pinto. “Emendas à Constituição, as Cláusulas Pétreas e o Direito Adquirido”. *In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, nº 1: 203-224, 2003; HORTA, Raul Machado. “Constituição e Direito Adquirido”. *In Revista de Informação Legislativa* nº 112. Brasília: Senado Federal, 1991, p. 860; DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle de Constitucionalidade*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. RAMOS, Elival da Silva. *A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 228-242. Contra, SARMENTO, Daniel. “Direito Adquirido, emenda constitucional, democracia e reforma da previdência.” *In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Org.) A Reforma da Previdência Social – temas polêmicos e aspectos controversos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 1-48, sob fundamento de que, como não há direito individual absoluto, a cláusula impeditiva de agressão a direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, quando aplicada a emendas constitucionais, pode ser objeto de ponderação com outros valores protegidos pela Constituição.

O raciocínio mais difundido é o de que a Constituição de 1988, além de repetir a fórmula adotada por todas as Constituições desde 1934, menos a de 1937, da redação “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, protegeu ainda, como cláusula pétrea, os direitos individuais – “Art. 60....parágrafo 4º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:...IV – os direitos e garantias individuais.”, dentre os quais o inciso XXXVI, do art. 5º.

Logo, a emenda constitucional não poderia também agredir direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito. Sob este argumento, a inclusão dos direitos e garantias individuais como cláusula pétrea, proibitiva de elaboração de proposta de emenda tendente a aboli-los, faria com que, obrigatoriamente, se obtivesse uma interpretação do termo “lei” no dispositivo “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” como qualquer ato normativo que não fosse produto do legislador constituinte originário. Logo, a partir de 1988, ficaria prejudicada a aplicação dos precedentes históricos na matéria, lavrados anteriormente, que não estendiam à emenda constitucional a impossibilidade de agressão ao direito adquirido.

Valem como referência as afirmações de Carlos Ayres Britto e Valmir Pontes Filho:

“...se a referência apenas à lei, em tema de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, fosse um abre-te sésamo para a edição de emendas, cairíamos todos numa contradição grotesca, que a nossa Constituição também só mencionou a lei, e não a emenda, enquanto veículo de imposição de deveres de conteúdo positivo, ou negativo (‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’). E a falta de menção às emendas significaria a imprestabilidade delas para obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa? À toda evidência, não! Diga-se o mesmo da norma constitucional que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário ‘lesão ou ameaça da direito’ (art. 5º, inciso XXXV), que nem por silenciar quanto às emendas, está liberando qualquer delas para interditar o acesso de toda pessoa privada às instâncias judicantes na matéria.”

Talvez seja adequada a verificação do que os autores denominaram de “contradição grotesca”.

De início, para voltar a afirmar que é absolutamente incomum tão-só se ter, em nível constitucional, proteção contra agressão normativa a direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Além disso, verifica-se que, no Brasil, desde a década de 1930, tem-se a proteção normativa nas Constituições, e não foram poucas (1934, 1946, 1967, EC nº. 1/69 e 1988), sempre com a adoção da mesma fórmula “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” e que foi com base na leitura deste dispositivo que, repita-se, em nada foi alterado na Constituição de 1988, que o Supremo Tribunal Federal fundou o entendimento de que o termo “lei” deve ser lido como “norma infraconstitucional” e não como norma constitucional, seja oriunda do Poder Constituinte Originário, seja do Poder Constituinte Derivado.

A proteção dos direitos e garantias individuais, alçados a cláusula pétrea impeditiva de elaboração de proposta tendente a abolí-los em nada muda a proteção do conteúdo material da cláusula do art. 5º, XXXVI, da Constituição.

A novidade introduzida pela Constituição de 1988 é a impossibilidade de proposta de emenda pretender revogar ou erodir exageradamente a previsão do referido inciso. Seria inconstitucional, por exemplo, uma emenda constitucional que pretendesse abrogar a previsão do art. 5º, XXXVI, pois ele está protegido contra isso, mas, parece-me, não há respaldo na Constituição para prosseguir o raciocínio e afirmar que, materialmente, o conteúdo normativo do termo “lei” é outro a contar de 1988, e passa a incluir emendas constitucionais.

As afirmações de Carlos Ayres Britto e Valmir Pontes Filho podem ser refutadas: quando há previsão constitucional de dever de conteúdo positivo para o Estado, como ocorre em “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, em que há determinação para que o Estado somente possa regular situações de obrigação do indivíduo mediante ato normativo dotado de generalidade e abstração, com a utilização do termo “lei”, pode-se concluir que a emenda poderá impor obrigação ao indivíduo, pois é ato normativo superior à lei. Se a lei pode, a emenda

também pode regular obrigações para as pessoas. Portanto, a referência não é de muita utilidade.

Quanto à imposição de conteúdo negativo para o Estado, a questão não é simples. O exemplo utilizado foi “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos”. E os autores indicam que, nem por silenciar quanto às emendas, está liberado a qualquer delas interditar o acesso de pessoa privada às instâncias judicantes.

Mas a emenda, ao alterar o sistema constitucional de repartição de competências, pode afastar do conhecimento do Poder Judiciário algumas questões. Foi o que ocorreu, por exemplo, quando a EC nº. 45/2004 deu competência ao Senado para julgamento, cujo mérito não pode ser controlado por qualquer órgão do Poder Judiciário, dos membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público. O mesmo se pode dizer se emenda constitucional também atribuisse ao órgão político do Senado competência para julgamento de ocupantes de outros cargos, como o Presidente do Banco Central, excluindo do Poder Judiciário o conhecimento das questões de mérito, que são incontroláveis.

Reconheço o perigo da tese em um país que tem compulsão pelas emendas constitucionais e que pouco preza a segurança das relações jurídicas.

Mas não me parece ser este o argumento jurídico a fim de indicar seja outra a conclusão: a regra impeditiva de agressão a direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, XXXVI) limita apenas a eficácia retroativa de atos normativos *infraconstitucionais*. A partir de 1988, o referido inciso não pode mais ser abolido ou erodido substancialmente por emenda constitucional.

Daí advém a importância da leitura da irretroatividade também como princípio, conforme anteriormente comentado, para exigir do Estado que, na atividade de normatizar relação jurídica entre ele e os indivíduos, mesmo por normas constitucionais, abstenha-se, como orientação geral, de disciplinar fatos já ocorridos, isto é, não abuse de sua posição de vantagem de ser parte e normatizador ao mesmo tempo e acabe por prejudicar padrões de previsibilidade e estabilidade nas condutas dos humanas.

É a irretroatividade como princípio que impede, *a priori*, a

retroação de qualquer norma, mesmo a de natureza constitucional, de forma relativa, e passa a exigir uma justificativa de proteção de um valor relevante para permitir a aplicação da norma a fatos pretéritos, sob pena, de, afim, ser considerada inválida.

6. CONCLUSÃO

Ao final do trabalho, podemos resumir os seguintes pontos:

a. O Estado tem posição de vantagem em relação ao indivíduo na relação de direitos fundamentais, pois monopoliza a regulação normativa dos direitos e obrigações;

b. O Brasil adota, desde a Constituição de 1934, e exceto na de 1937, a teoria subjetiva da retroação normativa, mediante o dispositivo “a lei não prejudicará do direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988);

c. A teoria subjetiva não impede, como premissa, a retroação normativa, desde que protegidas determinadas situações subjetivas, dentre as quais a do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada;

d. Uma norma não pode ter vigência para o passado. Uma lei entra em vigor e passa a ser aplicável aos fatos. Em geral, aos fatos a partir de sua vigência. Mas poderia, em tese, até mesmo incidir sobre fatos passados. A retroatividade da lei não altera sua vigência, que se dá sempre para o futuro, mas faz com que ela possa regular relações estabelecidas em fatos ocorridos no passado. Portanto, a retroação é fenômeno ligado à eficácia da norma;

e. O art. 5º, XXXVI, da Constituição, é um princípio e uma regra, da qual se extrai o seguinte comando normativo: a lei não deve, *a priori*, retroagir; se o fizer, que seja de forma expressa, para a proteção justificável de relevante bem jurídico, e sem agredir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. A irretroatividade não é absoluta. A retroação não deve, mas pode ocorrer, sob determinadas condições permitidas pela Constituição. Por este enunciado, a irretroatividade não é absoluta;

f. O posicionamento tradicional do STF, antes da Constituição de 1988, permite a aplicabilidade imediata das normas constitucionais, sem que se possa invocar contra elas a figura do direito adqui-

rido. A regra da impossibilidade de agressão pela lei ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada dirige-se apenas ao legislador ordinário, e não ao constituinte, seja ele originário, seja ele derivado.

g. Os dispositivos constitucionais têm vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima). Salvo disposição expressa em contrário – e a Constituição pode fazê-lo –, eles não alcançam os fatos consumados no passado nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividade máxima e média);

h. Em relação a normas infraconstitucionais, não é possível qualquer modalidade de retroação, mínima, média ou máxima, seja por lei de ordem pública ou privada;

i. Ao contrário da opinião da maioria dos professores de Direito Constitucional, mesmo após a Constituição de 1988 a regra impeditiva de agressão a direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, XXXVI) limita apenas a eficácia retroativa de atos normativos infraconstitucionais. No entanto, o princípio da irretroatividade exige do Estado que, na atividade normativa de relação jurídica entre ele e os indivíduos, também por normas constitucionais, abstenha-se, como orientação geral, de disciplinar fatos já ocorridos, isto é, não abuse de sua posição de vantagem de ser parte e normatizador ao mesmo tempo e acabe por prejudicar padrões de previsibilidade e estabilidade nas condutas humanas, e

j. O princípio da irretroatividade jurídica é o que impede, *a priori*, a retroação de qualquer norma, mesmo a de natureza constitucional, de forma relativa, e passa a exigir uma justificativa de proteção de um valor relevante para permitir a aplicação da norma a fatos pretéritos, sob pena, de, aí sim, ser considerada inválida. ☐

O Nepotismo no Judiciário

(Carta para Bete)

Esta carta pretende homenagear os funcionários da Justiça que não se acomodam no exercício de cargos em comissão ou funções gratificadas, nem se valem da autoridade daqueles com quem trabalham para desviarem-se do interesse público, a que servem com modelar competência, recato e despojamento.

Jessé Torres Pereira Junior
Desembargador do T/RJ

Ingressei na magistratura de carreira, mediante concurso público, em janeiro de 1984, aos 38 anos de idade. Fui promovido a desembargador em abril de 2001. O gabinete de um desembargador, na estrutura organizacional adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conta com três cargos em comissão e uma função gratificada, esta privativa de servidor titular de cargo efetivo do quadro permanente do Tribunal. No meu gabinete, a função gratificada é exercida por Bete, 41 anos, solteira, analista judiciária que, em 1998, ingressou na carreira mediante concurso público (agregando bagagem de 17 anos de precedente atividade profissional em outros setores), e com quem, sendo divorciado, convivo em união estável há mais de dez anos.

Bete sofreu para tomar a decisão de impetrar mandado de segurança preventivo contra o Presidente do Tribunal de Justiça. Ela, e outros em situação análoga, assim agiram com o fim de impedir que o Presidente venha a exonerar, indiscriminadamente, parentes de

autoridades que ocupam cargos em comissão e funções gratificadas, conforme determinado pela Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça. Temos conversado sobre a questão. Dir-se-ia que o assunto concerne à intimidade do casal. Assim não nos parece. O que, para o cidadão em geral, deve permanecer no círculo protegido de sua privacidade, torna-se público quando se trata de conduta capaz de afetar os interesses da sociedade e do estado. Chegamos a algumas conclusões. Se tivesse de mandar uma carta para aqueles em situação assemelhada, o texto seria, em síntese, o seguinte, cuja divulgação eu e Bete autorizamos a qualquer veículo interessado nos muitos matizes do tema.

“Bete

Estou solidário com o seu sofrimento. Essa solidariedade é afetiva e funcional. Afetiva, por razões óbvias. Funcional, por razões que somente conhecem os que vivem, em seu interior, o dia-a-dia da atividade judiciária. O singular e curioso é que, nesse assunto, não há como separar-se o afetivo do funcional. Mas é necessário manter-se a dose certa de serenidade e racionalidade para compreender-se o que se passa.

Sei que a angústia começa por comparação entre as circunstâncias do seu caso e as de outros. Você, como funcionária de carreira, não aceita ser tida como beneficiária de situação ilegítima, agredindo-a o rótulo de protegida, aproveitadora, □nepotista□. Também estou convicto de que não o é quem, servidor qualificado como você, cumpre as tarefas e funções de seu cargo diariamente, em jornada que, não raro, vai muito além da carga horária regular. Quase nunca saímos do gabinete antes das 21 horas. O funcionário que não tem a relação que nós temos não pode mesmo ficar no trabalho tão além do expediente. Nem seria dele exigível que sacrificasse os seus afazeres particulares e familiares. No nosso caso, os deveres do ofício e os encargos particulares se fundem. E, como você diz, sempre predominam os primeiros.

Nós e outros na mesma situação sabemos o quanto essa dedicação extra contribui para a produtividade individual do magistrado e a coletiva de seu gabinete e da Câmara em que atua. Graças ao empenho de todos, e especialmente daqueles que podem dar algo

mais pelo serviço, é que nossos índices de produtividade são elevados – é de três dias minha média para despachar os mais de duzentos processos que circulam pelo gabinete a cada mês (a média do tribunal é de 28 dias); foi de 58 dias o tempo médio de julgamento de recursos na nossa Segunda Câmara Cível (a de menor média do Tribunal, cuja média geral foi de 122 dias, em 2005); julguei 105% dos 1.076 recursos cíveis que, em média, foram distribuídos a cada desembargador como relator, em 2005 (a média do tribunal foi de 98%). Sem falar do tempo que me consomem funções administrativas para as quais sou designado (examinador de bancas de concurso para juiz, gerente do fundo especial do tribunal, membro da comissão que coordena a reforma administrativa do tribunal).

Fique certa de que, sem a atuação de servidores como você e seus colegas de gabinete e da secretaria da Câmara, também de carreira, essas médias não seriam tão satisfatórias, e em melhoria contínua, no Judiciário fluminense. Não é o caso de agradecimentos, muito menos de jactâncias. Há desembargadores com índices ainda melhores, e sempre importa lembrar que o ritmo para tomar decisões varia a cada pessoa, o que se deve respeitar. Apenas constatado que cumprimos, todos, o nosso dever de fazer o melhor possível para prestar a jurisdição em tempo razoável e de boa qualidade, e nem seria possível tal resultado sem o funcionamento adequado de todos os agentes do sistema. Destinatária exclusiva de nossos esforços é a população, com a qual temos o compromisso ético da carreira que escolhemos.

Aí está a distinção que deve ser feita e que a fez sofrer tanto para impetrar o seu mandado de segurança. Você, em verdade, gostaria que fosse destacado pela Resolução do Conselho esse *plus* que servidores dedicam ao tribunal, independentemente de serem, ou não, parentes de autoridades. Pondere, porém, que ninguém deve optar pelo serviço público na expectativa de obter reconhecimento; servir é inerente à carreira do servidor, sem outra motivação que a da própria consciência do dever bem desempenhado em favor da coletividade. Pondere, também, que nem todos apresentam essa dedicação, tendo ou não algum grau de parentesco com autoridades; a consciência do dever é rigorosamente individual e a forma de exercitá-la igualmente. Pondere, ainda, que a Resolução não dei-

xou, em termos, de distinguir a situação do parente concursado da situação do parente não concursado, de modo a permitir que aquele exerça cargo em comissão ou função gratificada, desde que não subordinado diretamente à autoridade com quem tenha o parentesco. Pondere, por fim, que, nessa primeira medida, talvez mais a Resolução não pudesse distinguir, sob pena de não induzir modificação relevante no quadro de desvios que sabemos existir nas nomeações para aqueles cargos e funções.

Decerto que aí está outro ponto de seu sofrimento. Quisera você, quiséramos todos, que não existissem esses desvios. A Resolução seria, então, desnecessária porque, como regra, os ocupantes de cargos em comissão e funções gratificadas estariam à altura de seu objetivo público. Não teríamos casos de cargos providos para 'reforçar a renda familiar' ou para acudir a conflitos particulares; ocupados por pessoas que não lhes realizam as tarefas, obrigando que outros, sem a correspondente remuneração, tenham de realizá-las; ocupados por pessoas que, mesmo comparecendo ao serviço, não têm a indispensável qualificação para o trabalho para o qual são remuneradas pelos cofres públicos.

Temos experiência suficiente para sabermos que isto existe em todos os setores da administração pública, inclusive nos serviços judiciários. E que alguns aprovam tais práticas, sinceramente convencidos de que nelas nada há de censurável, na medida em que a própria autoridade der o máximo de si para suprir a ausência ou a desqualificação de seus assessores improvisados. Faz parte de uma cultura enraizada, que se deve alterar como condição para elevar a eficiência do serviço público brasileiro em geral. A história mostra que todo processo de mudança cultural é penoso, sendo inevitável ocorrerem injustiças individuais.

A propósito de injustiça individual em matéria de nomeação para cargo em comissão, os anais do Judiciário fluminense registram caso que seria emblemático se, ao tempo em que ocorreu, existisse a Resolução nº 07/2005: jurista eminente, professor emérito de direito civil, ingressou na magistratura de carreira do antigo Estado da Guanabara e veio a padecer de lesão ocular que o deixou com tal grau de insuficiência visual que o levaria à aposentadoria por invalidez, não fosse a disposição de sua esposa de passar a ser

os seus olhos; permaneceu ativo, vindo a aposentar-se recentemente, por limite de idade, e tendo sido um dos mais competentes e produtivos julgadores desta Corte, que chegou a presidir, bem como a Câmara Cível que integrava, porque teve na esposa a assessora indispensável para a leitura dos processos, e a quem ditava seus votos e decisões. Extraordinário magistrado, sem dúvida, a quem talvez ainda não tenham sido tributadas todas as homenagens devidas a seu inexecdível exemplo de honradez, tenacidade e amor ao trabalho e à justiça. Mas também extraordinária assessora, ocupante de cargo em comissão que lhe teria sido vedado no regime literal da Resolução nº 07/2005.

Eis o ponto final da mensagem, que, espero, traga-lhe algum conforto. O seu mandado de segurança, como o de outros em situação idêntica, é o caminho legítimo para, a partir da norma restritiva, configurarem-se as hipóteses que devam ser consideradas de exceção, como, aliás, é próprio da Justiça, no estado democrático de direito. Cada caso haverá de ser examinado em suas peculiaridades, para que se ressalve o correto, sem deixar-se de coibir o desvio. Em casos como o seu, penso que o interesse do cidadão-contribuinte estaria superiormente atendido se a restrição trazida pela Resolução, quanto aos servidores de carreira, recebesse os temperamentos de tal interpretação. Nada mais devo aduzir, sob a perspectiva técnica da matéria. Aguardemos a evolução do processo histórico.

Mas se, afinal, você houver de ser exonerada da função em meu gabinete, três coisas acontecerão: 1ª, o acatamento, disciplinado e respeitoso, da decisão; 2ª, você continuará sendo, em qualquer outro setor em que a administração à lote, com ou sem gratificação, a mesma servidora discreta, minuciosa, sensível e de alta eficiência que sempre foi, posto ser este o perfil de sua personalidade, de seu caráter e de sua vocação, que tanto admiro e ao qual me afeiçoei de modo especial (mais uma vez, a afetividade e a funcionalidade são inseparáveis nesse assunto); 3ª, haverá perda para o serviço do gabinete, seja quanto ao tempo e ao custo necessários para preparar outro assistente que mantenha o padrão funcional que você alcançou, seja porque, é previsível e natural, nenhum outro, por uma gratificação mensal de R\$ 2.200,00, equivalente ao CAI-6 que você ora ocupa, chegará comigo e sairá comigo do serviço, todo dia, tarde

da noite, colaborando no preparo da análise de questões jurídicas e administrativas, de maneira a garantir uma ímpar fluência no exame dos processos, doze horas por dia, todos os dias da semana, e ainda suportando o eventual mau humor do chefe com indulgente habilidade.

Catão, que se notabilizou na crítica permanente aos detentores do poder na Roma imperial, afirmava que 'A verdade é o alicerce da autoridade'. A autoridade do magistrado sempre foi, é e será moral, tão-só. E é tudo. Não há moralidade na mentira, ou na meia-verdade. Há cerca de três anos, participava de um painel sobre as relações da imprensa com o poder público. A certa altura, queixava-me de que, comparado aos termos comedidos que aprendera a utilizar nos tempos em que exercera a atividade de jornalista (assim comecei minha vida profissional, entre 1964 e 1972), o tratamento que hoje a mídia dispensa às autoridades públicas em geral chega a ser desrespeitoso. O jornalista que participava do painel, experiente e perspicaz editorialista de prestigioso jornal do Rio de Janeiro, com circulação nacional, concordou comigo e devolveu a queixa de que, no tempo em que nós ambos começáramos na profissão, não era tão comum flagrarem-se autoridades públicas, de todos os poderes e esferas, mentindo e tergiversando sobre questões de interesse público. Também tive de concordar com ele.

Lembro do episódio porque, nesta questão que se convercionou chamar de 'nepotismo', como em outras que se tornaram rotineiras nas práticas do serviço público, a regra tem sido a de negacear-se com subterfúgios o enfrentamento da existência de desvios e nos efeitos que produzem sobre a gestão pública. Penso que há só uma maneira de chegar-se a bom termo no equacionamento da questão – partir-se da verdade e com a verdade alcançarem-se práticas de maior racionalidade administrativa. A verdade não é apenas uma idéia que se torna necessário conhecer; é também um ar que é necessário respirar. Eis um tema para o qual será necessário intenso exercício de respiração da verdade. Que cada um contribua com a sua dose de oxigênio puro." ☐

Se a Lei Ceder

Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho
*Desembargador do TJ/RJ. Ex-presidente da
AMB – Associação dos Magistrados
Brasileiros.*

A propósito da recente decisão plenária do STF sobre a validade constitucional da Resolução n.º 7 do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), vedando a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário pelo expressivo placar de 9 x 1, é importante tecer algumas considerações. E mais especificamente sobre o significado do voto vencido, lançado pelo Min. Marco Aurélio, não para defender seus argumentos de mérito, já que eles não se distinguem daqueles acolhidos pela avassaladora maioria, ao contrário, com eles se harmonizando.

Nesse ponto, torna-se interessante reproduzir o pensamento do próprio prolator do voto vencido, respondendo à indagação do jornalista Fausto Macedo, da Agência Estado, sobre se seria a favor do nepotismo (**Jornal do Commercio**, sábado, 18, e domingo, 19/02/06, pág. A-8):

“Isso é absurdo. Sou contra o nepotismo porque ele não combina com os princípios que regem a administração pública em suas três esferas, não apenas no Judiciário como no Executivo e Legislativo. Não se coaduna até mesmo com a eficiência no funcionalismo público, porque quase sempre revela uma proteção abominável, e a prestação de serviços deixa a desejar. No nepotismo prevalece o tradicional QI, o quem indica, onde se busca algo incompatível com o interesse público. O concurso público é o caminho correto. Quem tem valor persegue e alcança o cargo por esse meio.”

Aliás, a posição do Min. Marco Aurélio contra o nepotismo era conhecida de há muito, pois no voto que proferiu em 12/03/97 na medida cautelar na ADI 1.521-4/RS, Tribunal Pleno, já afirmara, referindo-se a regras de vedação do aludido fenômeno, que:

“A um só tempo, mediante normas desse feitio, presta-se uma homenagem à justiça, na mais basilar acepção do termo, permitindo-se a quem de direito alcançar o patamar pelo qual pagou o preço do esforço, da dedicação e da competência. Por outro lado, usando da cartilha dos diletantes do Neoliberalismo, tão em voga nas altas esferas dirigentes do País, cabe lembrar que o mérito é a fórmula eficiente para chegar-se à qualidade total desejada aos serviços públicos, ditos essenciais. Ora, como é possível compatibilizar tais assertivas com a possibilidade de nomeação de parentes próximos para ocupar importantes – e até estratégicos – cargos de direção nas repartições públicas comandadas pelo protetor?”

Voltando ao teor do voto vencido recém-proferido no STF, negou que haja divisão sobre a matéria no âmbito da Corte:

“Não há divisão no STF. Minha forma de atuar todos conhecem, é com a maior transparência possível. O combate ao nepotismo deve se estender aos demais Poderes. O momento é alvissareiro para uma mudança cultural, a coisa pública é coisa pública e não de uns poucos.”

Ora, se assim é, o Ministro teve que responder à pergunta óbvia, que se insinuava pelos desvãos da dúvida mais ululante, esclarecendo – até pelo caráter categórico da profissão de fé contra o nepotismo – porque votou contra a resolução do CNJ:

“Não posso reconhecer o poder normativo do Conselho porque a Emenda 45 (reforma do Judiciário, que criou o CNJ) não prevê esse poder. Prevê outras atribuições, de caráter administrativo. Sendo assim, o Conselho não pode editar resolu-

ções com força de lei. Senão, daqui a pouco não vamos mais precisar do Congresso. Já basta o Executivo com as medidas provisórias. O Supremo é a última trincheira do cidadão que busca preservação de princípios. Ao CNJ compete apenas administrar, assim como ao Conselho Nacional do Ministério Público. Ao Legislativo compete legislar, aos conselhos compete administrar e conduzir a administração do MP e do Judiciário.”

E aqui é que a porca torce o rabo, percebendo-se que há questões constitucionais e legais aparentemente apenas de forma que não podem, em nome da afirmada nobreza do conteúdo da matéria em deliberação, ser tangenciadas.

Para não ser um plágio, o título do presente artigo homenageia Norberto Bobbio, o grande mestre da Universidade de Turim, cuja cátedra assumiu, depois de passar por Siena e Pádua, em 1948. Vulgo que a magnitude e densidade de um dos grandes pensadores do século XX acabou agraciando com outra cátedra, esta de natureza política em sua maior expressão, que em seu país distingue aqueles cuja grandeza ultrapassa os limites do lugar-comum: a senatoria vitalícia.

Pois foi precisamente Norberto Bobbio quem, em julho de 1977, escreveu um cintilante texto por ele intitulado “Se a lei ceder”, de onde se extrai valiosa significação do pensamento político mais consistente:

“Já o primeiro grande teórico do Estado liberal, John Locke, havia repetidamente defendido que só através do governo civil fundado no consenso os indivíduos saem realmente do estado de natureza (ou seja, do estado de guerra civil permanente); já o Estado despótico, cujo poder se baseia na simples força sem consenso, não é senão a continuação ou a quase cristalização do estado de natureza.

...

A diferença fundamental entre as duas formas antitéticas de regime político, entre a democracia e a ditadura, está no fato

de que somente num regime democrático as relações de mera força que subsistem, e não podem deixar de subsistir onde não existe Estado ou existe um Estado despótico fundado sobre o direito do mais forte, são transformadas em relações de direito, ou seja, em relações reguladas por normas gerais, certas e constantes, e, o que mais conta, preestabelecidas, de tal forma que não podem valer nunca retroativamente. A consequência principal dessa transformação é que nas relações entre cidadãos e Estado, ou entre cidadãos entre si, o direito de guerra fundado sobre a autotutela e sobre a máxima 'Tem razão quem vence' é substituído pelo direito de paz fundado sobre a heterotutela e sobre a máxima 'Vence quem tem razão'; e o direito público externo, que se rege pela supremacia da força, é substituído pelo direito público interno, inspirado no princípio da 'supremacia da lei' (rule of law).

...

Bem pelo contrário, a prova de fogo do Estado democrático não está em deixar-se envolver num estado de guerra por nenhum de seus cidadãos, mas, sim, na capacidade de responder às declarações de guerra reafirmando, mais uma vez, solenemente as tábuas da lei (que são a nossa Constituição). A fidelidade obstinada e coerente às tábuas da lei é o único e último baluarte contra os dois males extremos do despotismo e da guerra civil."

(As Ideologias e o Poder em Crise, Editora UnB, 4.^a edição, 1990, p. 97/98).

Como facilmente se percebe, a prepotência para a prática do bem deixa os povos, geralmente sem que disso se apercebam, na ante-sala dos regimes de arbítrio. O fim do nepotismo no Judiciário pode inaugurar outra era no controle da invasão do espaço público pelo patrimonialismo mas, se não se estender rapidamente aos outros poderes, não passará de mais uma perversão justificada pela suposta nobreza dos fins.

Tumor se extirpa pela raiz ou, logo, logo, tende a virar metástase. E aceitar a edição de uma resolução para o bem, com força vinculativa de lei, acaba representando o pulo de um gato es-

caldado para uma nação passar a ver como natural a invasão do espaço normativo da lei, demarcado pela Constituição Federal, por resoluções, portarias, ordens de serviço e outros espécimes do viveiro inesgotável dos burocratas de plantão. Estes, por sua vez, têm na medida provisória seu fator mais definitivo de orgasmo, a forma mais sutil de supressão da democracia pela legislação de exceção.

A Emenda Constitucional 45/04 (Reforma do Judiciário), que criou em seu artigo 103-B o Conselho Nacional de Justiça, fixou sua competência no § 4.º do referido dispositivo, destacando o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, ainda, outras atribuições definidas no referido § 4º e no futuro Estatuto da Magistratura. A Emenda, certamente, não lhe deu poder normativo, mas apenas regulamentador, fiscalizador e disciplinar.

Passa aqui o truísmo: se já houvesse norma vedando expressamente o nepotismo, ocioso seria ao CNJ escrevê-la. Não que não fosse necessária, muito ao contrário e para os três poderes, exatamente pela falta de anterior previsão. Aliás, já em 1999 a AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) propunha, em norma de conteúdo idêntico para todos os poderes apresentada na Reforma do Judiciário, regime de vedação absoluta para o nepotismo, razão por que essa discussão não é de cronologia recente no Judiciário, inclusive tendo como alavanca suas entidades associativas, à frente delas a principal por representar todos os segmentos e áreas de jurisdição.

Ocorre que, segundo dispõe o art. 37, II, CF: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, *ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração*”.

Assim, basta não ser um amanuense (mero copiador ou desconhecedor) da lei para concluir que se buscou – e na prática, conseguiu – revogar a parte final do dispositivo antes transcrito, cujo conteúdo, reiterar-se à exaustão, não se está, em absoluto, defendendo ou justificando, com a Resolução n.º 7 do CNJ. Que, como observou isoladamente o Ministro Marco Aurélio, não teve concedidos poderes normativos pela Constituição Federal.

A continuar nesse trôpego passo, o INCRA poderá legislar sobre reforma agrária, a FUNAI sobre o regime jurídico a ser aplicado aos indígenas e, o CONFEA (Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia) acerca da reforma urbana, sem que haja mais necessidade dos competentes – e por isso passíveis de cobrança democrática – canais legislativos.

Como pode o STF contornar esse aparente pequeno obstáculo e agigantar os poderes já não tão liliputianos do CNJ? Temerária a dúvida, cruel e apavorante a resposta: o plenário da mais alta Corte de Justiça do país preferiu considerar invisíveis princípios cardeais como aqueles da *reserva legal* (matérias cuja definição depende de lei em sentido mais amplo e genérico) e da *federação* (vários estados já tinham regras proibitivas do nepotismo, ainda que certamente – como mais uma característica do federalismo – com conteúdos diferentes e, portanto, mais ou menos rigorosos).

Por que terá agido assim o pleno do STF? Simplesmente porque se transferiu para a perspectiva da platéia, cedeu às pressões agigantadas da mídia, substituiu a aplicação do direito – face ao evidente apelo da proposta – pelo sentido do populismo.

Diante dessa constatação, possivelmente equivocada – e que já se seguiu à recente reviravolta da jurisprudência do Supremo para admitir a taxaço previdenciária dos aposentados –, uma nuvem parece turvar a proteção dos direitos fundamentais, bastando que uma rotulagem bela, ainda que desprovida da consistência, avance sobre eles.

Democracia dá trabalho, não se exerce sem esforço e suor, estabelece ritos e formas de proteção e, sobretudo, não convive com o pensamento único tão a gosto do cardápio neoliberal nem com a ultrapassagem da lei como síntese de tutela da segurança jurídica, sob pena de o assustador reinado das medidas provisórias ver-se substituído pelo apavorante regresso dos atos institucionais que, mesmo sem essa forma e figura desavergonhada, terão restaurado seu império.

Norberto Bobbio, de onde estiver, não estará aplaudindo, além de certamente buscar afastar o caráter sombrio do plenário que, ao imediatismo de ocasião, deverá saber substituí-lo pela observância das regras do jogo.☺

Poder Normativo da Justiça da Infância e Juventude

Guaraci de Campos Vianna

*Juiz de Direito da Vara da Infância e da
Juventude da Capital do Rio de Janeiro.
Professor Universitário e da EMERJ. Presidente
da Abraminj. Mestre em Ciências Penais pela
UCAM.*

“Um ministro contou-me uma anedota a respeito de dois pastores, muito amigos e grandes fumantes. Ambos escreveram ao Superior. Um perguntou: ‘Posso fumar enquanto rezo?’ Foi-lhe negada a permissão. O outro escreveu: ‘Posso rezar enquanto fumo?’ Recebeu a permissão pedida!

Contam que Lukman, o sábio, foi condenado certa vez a matar uma ovelha e tirar dela seus dois melhores componentes. Tirou a língua e o coração. Dias depois, condenaram-no a matar outra ovelha e tirar dela seus piores componentes. Tirou novamente a língua e o coração. Pediram-lhe que se explicasse. Respondeu: ‘Nada é melhor quando forem bons e nada é pior quando forem ruins’.”

I – ATIVIDADES DO JUIZ E DO JUÍZO

Estudiosos do Direito Tutelar consideram o Juiz da Infância e da Juventude um Agente da própria Justiça da Infância e Juventude. Um Agente que conta com (ou deveria contar) uma equipe técnica que o auxilie (art. 152 da Lei 8.069/90). Os auxiliares do Juízo na

Justiça Especializada acabam sendo confundidos com os auxiliares do Juiz. Mas, uma coisa ou outra, não se pode perder de vista a noção básica de que o auxiliar, o assistente, são pessoas essenciais para o desenvolvimento das *atividades meio* do Juizado, ou seja, fornecem uma infra-estrutura técnica e administrativa para que o Juizado possa atingir seus objetivos.

Para tanto, mister se faz saber quais são os objetivos do Juízo e isso só é possível se tivermos plena consciência das atividades desenvolvidas, inerentes ao órgão e exercidas a nível primário pela autoridade judiciária. Socorremo-nos, ainda, das lições de alguns estudiosos da matéria, para caracterizar as atividades referidas como sendo: *atividade judicante, atividade meio, atividade de interdependência e atividade de reflexão.*

A *atividade judicante* visa a realização do Direito, a atuação prática das normas abstratas que integram o direito objetivo. É evidente, portanto, que essa atividade se baseia no complexo normativo que prevê situações conflituais e que norteia o Juiz na escolha das alternativas que a ele se oferecem. A Lei abstrata não é tão importante quanto a Lei aplicada a um caso concreto e é esta que prevalece, sob o manto da coisa julgada. Mas não basta que se explicita esse complexo normativo e que se identifiquem as situações-problema da criança ou do adolescente. É sempre mister que a atividade judicante não esteja apartada do contexto social no qual está inserida, para que o Juiz não transforme sua atuação na tarefa mecânica e automática de tornar concreta a norma abstrata. O Juiz é um agente com funções sociais.

A *atividade meio*, já referida acima, na parte referente às atribuições do Juiz, destina-se basicamente a tornar em um todo harmônico as atividades cartorárias, administrativas e técnicas (psicologia, serviço social, comissariado etc.), desenvolvidas através dos setores que, se não estão, deveriam estar articulados e conscientes da importância de os mesmos entenderem que são como membros de um corpo indissolúvel e que, através da manifestação de um deles, pode ser julgado todo o corpo.

A *atividade de interdependência* compreende dois aspectos fundamentais:

Interdependência interna - que se refere à atuação desenvolvida no sentido de coordenar os diversos serviços que compõem a infra-estrutura do Juizado.

Esse tipo de atividade pressupõe a participação de profissionais de várias especialidades, tendo em vista as áreas a serem atingidas pela coordenação judiciária, administrativa e técnica - e as várias fases do processo de coordenação.

Tal atividade, canalizada para o atendimento do objeto a que se destina a Justiça e dos objetivos por ela visados, redundaria numa racionalização das atividades meio, evitando-se desperdício de esforços e de pessoal, desde que a atuação seria norteadas pelos princípios básicos do planejamento.

Interdependência externa - que diz respeito ao inter-relacionamento entre o Juizado e a comunidade, em termos de atendimento ao problema da criança e do adolescente.

A realidade mostra que os recursos e equipamentos próprios do Juizado, mesmo nas Comarcas dos grandes centros, nem sempre são suficientes para o atendimento da problemática, em toda a sua extensão, o que leva o Juiz a recorrer, com freqüência, aos recursos que a comunidade oferece. Por outro lado, o conhecimento vivencial e cotidiano do Juiz da Infância, acerca dos fenômenos causadores e conseqüentes da problemática, confere-lhe condições para orientar a comunidade, em relação à identificação e equacionamento do problema e dos recursos para a sua solução, sejam eles de caráter terapêutico, preventivo ou promocional. Recomenda-se a identificação dos recursos da comunidade e divulgar a atuação da Justiça, da Infância e Juventude, além de estimular a criação e adequação dos recursos sociais.

As *atividades de reflexão* consistem num dimensionamento crítico que o Juiz faz de sua própria atuação. É um estudo retrospectivo, analítico e sistemático, da própria ação judicante, dos procedimentos técnicos e administrativos e da problemática. Constitui-se numa tarefa a ser empreendida pelo Juiz juntamente com os elementos mais diretamente ligados à sua ação, bem como com os setores conjugados.

Os objetivos precípuos dessa atividade reflexiva são a formulação de generalizações e de princípios operacionais que possam

orientar a ação, o fornecimento de subsídios e diretrizes para o delineamento da ação social e formulação da Política Social, bem como a contribuição das outras profissões que tenham como objeto de sua ação o adolescente, e ao próprio ensino do Direito e preparação dos magistrados, em geral, e Juiz da Infância e Juventude em particular.

Portanto, os objetivos da atividade reflexiva, em síntese, são: a comunicação, a teorização e a aplicação dos resultados obtidos.

Dá ser importante deixar bem patenteado que o exercício cotidiano das atividades meio e de interdependência não podem ser difundidos de modo disperso, sob pena de causar transtornos, contratempos e impasses inconciliáveis ou prejudiciais às atividades judicantes.

Tudo isso deve ser entranhado em cada um de nós, principalmente porque desde o famoso caso "MARBURY x MADISON", que introduziu o controle judicial da constitucionalidade, o Poder Judiciário ficou com a difícil missão de dar a "última palavra". Não é este ou aquele Juiz, mas sim um Poder do Estado encarregado de emitir o pronunciamento definitivo. No curso da presente exposição, pretendemos demonstrar que o Poder Normativo do Juiz da Infância e da juventude se insere nas atividades meio e de interdependência do Juiz.

II – ATIVIDADES ANÔMALAS NA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Como afirmou Protágoras, em seus *Fragmentos*, *"uma proposição comporta pelo menos duas ordens de raciocínio e cabe ao retórico converter a mais fraca na mais forte"*.

Dessa forma, seguindo o desiderato de que a melhor forma de desenvolver o raciocínio jurídico é estimular o pensamento, procuramos fazer um enfoque do tema abordando também outros aspectos correlatos, sem cair nas abstrações e controvérsias suscitadas por citações amiudadas, fatigando o leitor.

Por isso, será necessário relembrar algumas considerações a respeito do Poder Judiciário. Sim, porque para saber suas atividades é preciso conhecê-lo e o Judiciário é quase inteiramente desconhecido, em sua organização e seus mecanismos, até das pessoas medianamente cultas.

Muitas vezes o Poder Judiciário é confundido com a figura do Juiz (e nem sempre é possível fazer uma nítida separação entre um e outro).

Aqueles que não se defrontam com o magistrado fazem dele, muitas vezes, uma idéia inteiramente falsa. Curiosamente, o juiz criminal impressiona o homem do povo, hipertrofiando a sua imagem para abranger todos os demais juízes. Hoje, o Juiz da Infância e Juventude tem sua imagem, curiosamente, hipertrofiada na sociedade e diminuída, desconsiderada e incompreendida, nos meios jurídicos, com raras exceções.

É evidente que o magistrado não é um super-homem e nem um semideus. É um homem a quem o Estado (possivelmente com participação divina) confiou a missão de julgar. Melhor dizendo, um homem a quem cabe o exercício da função jurisdicional do Estado.

Essa função jurisdicional, que doravante denominaremos de *jurisdição* (do latim *jurisdictio* = declaração ou proclamação do direito), pode ser considerada em dupla acepção: *lato sensu* e *strictu sensu*.

No sentido amplo, é o poder de conhecer dos negócios públicos e resolvê-los dentro dos diversos círculos de relações da vida social. Daí não ser, nessa acepção, errôneo dizer jurisdição eclesiástica, jurisdição administrativa, jurisdição consular.

No sentido restrito, jurisdição é o poder conferido pela Lei às autoridades judiciárias, no exercício de suas respectivas funções, de administrar justiça.

Desse modo considerada, a jurisdição é um atributo da soberania nacional. É a manifestação visível e positiva da atividade do Poder Judiciário.

Terceiro dos poderes (*rectius*, função) do Estado na Lição clássica, o Judiciário está incumbido de fazer justiça. Há quem afirme que, mesmo quando anda fora das calçadas do legislador (*v.g.*, aplicando norma como se legislador fosse, em casos especialíssimos), o juiz o faz autorizado por Lei. Há uma reserva legal, que não se dissocia da missão judicante.

Entretanto, há quem afirme que “dizer que o juiz existe para aplicar a Lei, e não para fazer justiça, é uma heresia”. Tanto que

existe o juízo de equidade, admitido no Código de Processo Civil. (art. 127).

De nossa parte, pensamos que o Judiciário não exerce a jurisdição como um mero aplicador de textos legais. É inato à sua função um certo elastério, porque *"na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e à exigência do bem comum"*(art. 5º da LICC).

Todavia, no Estado moderno, fazer justiça se confunde com aplicar a Lei, daí a conceituação tradicional segundo a qual o Judiciário *"tem por missão aplicar contenciosamente a Lei a casos particulares"*.

Esse conceito (que é de Pedro Lessa), já sugere quão problemática é a colocação do Judiciário como executante de uma função, por sua natureza distinta, do Estado. De fato, em sua substância, essa função é executar ou aplicar a Lei a casos particulares, o que é objeto também da função executiva.

Críticas foram feitas a essa conceituação principalmente por Paulo Lacerda e Pontes de Miranda, sob o fundamento de que o Judiciário não se limita, no âmbito de suas funções, à aplicação contenciosa da Lei. Além disso, a função jurisdicional pode ser atribuída a outros Poderes (*rectius*, funções). O mesmo se dá com a função legislativa, que não é toda entregue ao Legislativo, e com a executiva, que não fica inteira nas mãos do Judiciário.

O Judiciário pode ter atuações não jurisdicionais, típicas de outras funções (elaboração de regimento interno, prover cargos da administração da Justiça), mas em caráter transitório e excepcional.

Contudo atividades existem, não jurisdicionais, que foram entregues ao Judiciário de modo permanente, ainda que revestida da característica de excepcional. São as atividades anômalas (anormal, irregular) do Poder Judiciário.

Para ter-se uma noção das atividades anômalas, é preciso primeiro saber quais são as atividades típicas do Judiciário.

O Direito está presente em toda a vida social. A todo instante e em quase todas as ações, os homens comportam-se de acordo com regras éticas e jurídicas, cuja atividade difusa regula todas as condutas. As normas de Direito estão por toda parte e sua influência

modeladora de atos humanos é exercida por vezes imperceptivelmente.

Todavia, existem situações em que o conflito se materializa, sendo necessário recorrer a Instituições e pessoas capazes de acomodá-lo dando-lhe solução. É o momento de aplicar, então, normas jurídicas específicas. Mobiliza-se, para tanto, mediadores diversos: Juízes, Tribunais, árbitros, conciliadores, agentes públicos e privados etc.

A função de julgar (dirimir conflitos) é tão antiga quanto a própria sociedade. Com certeza, mais antiga do que a função legislativa, pois antes de ser limitada a atuação do julgador, este já exercia a função com fulcro nas regras perenes do direito natural ou no mero bom senso (o exemplo salomônico da disputa de uma criança por duas pessoas que se diziam sua mãe já é tradicional).

De início, a função de julgar, como a de editar o Direito, e a de o aplicar, se concentrava na pessoa do Rei ou chefe do clã.

Posteriormente passou-se a um delegado ou preposto deste. Surgiu então a figura do Juiz. Se bem que dependente do soberano. Esta é uma regra geral. Em alguns povos havia assembléias para julgamento de questões de maior gravidade.

A função se encontrava, com freqüência associada à religião, recrutando-se juízes das classes sacerdotais. Assim era entre os persas, egípcios, assírios, persas e judeus.

A diferenciação do Poder Judiciário correspondeu a um estágio mais elevado dos grupos sociais.

Da função de reintegrar as relações de Direito pela aplicação da Lei aos casos singulares, e sobre a provocação da parte interessada, vem a noção política da jurisdição como sendo a faculdade que tem o Poder Judiciário de pronunciar concretamente a aplicação do direito objetivo.

No Direito Romano a jurisdição era composta por dois elementos: *notio* (conhecimento dos fatos sujeitos à deliberação do juiz) e o *judicium* (o respectivo julgamento, pelo qual se declarava o direito aplicável conforme a Lei ou se impunha uma pena legal). A faculdade de dar execução ou de fazer efetivos os julgados não se incluía na jurisdição.

Os atos executórios, denominados *atos de império*, eram conferidos, por privilégio especial e pessoal, a certas pessoas, em geral magistrados, *imperium merum*, ou estavam sempre ligados a certos cargos, *imperium mixtum*. O primeiro referia-se à repressão do crime e o segundo aos demais casos.

No Direito Pátrio, como na maioria dos Direitos Modernos, o conceito de jurisdição se fez compreender, além da *notio* e do *judicium* no *imperium*, pois, sem este último, a jurisdição ficaria sem efeito e sujeita ao desprezo popular.

A jurisdição tem o seu fundamento no princípio de que, numa sociedade regularmente organizada, ninguém pode fazer justiça com suas próprias mãos.

Por essa razão é que a moderna doutrina processual caracteriza a função jurisdicional como uma “atividade de substituição”, a qual é exercida pelo Judiciário com independência, imparcialidade e mediante provocação, em um processo contraditório.

Praticamente, não há matéria, por sua natureza, vedada ao Judiciário. Sempre que houver lesão a direitos particulares cabe recurso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF).

E as questões políticas (entendidas como aquelas que a Constituição confere à apreciação discricionária do Executivo ou Legislativo)? A apreciação da conveniência ou utilidade está fora do campo do Judiciário, desde que não haja lesão de direito subjetivo.

Destarte, quando surge um conflito de interesses ou pretensão resistida, uma das reações que se podem operar é a de se resolver o litígio com o processo, através de ato de autoridade. Produzido o litígio, é necessário que ele se resolva por obra dos próprios litigantes ou mediante decisão imperativa de um terceiro.

A última solução do antagonismo é a imparcial e constitui o processo. Todavia, os titulares dos interesses em antagonismo podem eles próprios resolver a situação litigiosa, quer pela imposição dos interesses de um deles (solução egoísta ou autodefesa), com sacrifício do interesse do outro, quer pelo consentimento espontâneo de um dos contendores (ou dos dois) em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte (resolução altruísta ou autocomposição). Exemplos de autodefesa: procedimento penal inquisitivo. De autocomposição: juízo arbitral.

Normalmente tais situações não são muito utilizadas no sistema processual moderno. Pode-se dizer, principalmente nas justiças especializadas, como as da Infância e da Juventude - onde os procedimentos de jurisdição voluntária sobrelevam os demais -, que tais formas de composição de litígio escasseiam como a água no deserto.

III - ATIVIDADES JUDICIAIS DO JUDICIÁRIO

Através de sua evolução política e formação histórica, tem tido o Judiciário atribuições variadas e múltiplas. Detém não só o poder de julgar, como também o de administrar e o de estabelecer fontes normativas do Direito (*secundum legem* ou *praeter legem*). O que se vê é a colaboração constante do Judiciário para construção de regras imperativas ou para fixação das normas consuetudinárias ou para edificação do direito jurisprudencial, entrando o Juiz nos domínios que só ao legislador estavam reservados.

Na esfera administrativa, maior é ainda o contingente que se descobre nas variadas atribuições do Judiciário: a jurisdição voluntária, a atividade censória dos órgãos disciplinares da Magistratura, a organização do serviço interno dos Tribunais e o poder de polícia dos magistrados nas audiências e sessões. Essas funções quase sempre estiveram afetas à Magistratura.

Vê-se, pois, que o Judiciário não está confinado à aplicação da norma aos casos contenciosos. A Teoria da Tripartição dos *Poderes* (*rectius*, funções) de Montesquieu não é rígida e matemática. O Poder Legislativo edita o Direito. Pelo Poder Executivo, aplica o Estado esse Direito, realizando sua função administrativa, e pelo Judiciário, também aplica o Direito, mas o faz primacialmente na solução e composição de conflitos de interesses, capazes de conturbar a ordem jurídica. Todavia, repita-se, há interferências funcionais entre esses poderes.

A realidade tem demonstrado ser impossível a completa aplicação da rígida e mecânica tripartição de poderes.

Se o Poder Judiciário é o órgão da soberania nacional que tem por função básica e específica a aplicação contenciosa do Direito (atividades jurisdicionais), outras funções lhe atribuem a Constituição e a Lei ordinária.

Por isso Leon Duguit afirmou que os órgãos da magistratura podem praticar atos judiciários e atos jurisdicionais.

Entre nós, Frederico Marques preferiu utilizar a expressão “ato judiciário” em sentido *lato*, abrangendo a tudo o que for atribuído ao Judiciário, e, em sentido estrito, só o ato jurisdicional. Na verdade este só incorpora os atos materialmente jurisdicionais e aquele (sentido *lato*) compreende, sob o critério orgânico e formal, as atribuições da magistratura de natureza diversa da jurisdicional.

O caráter judiciário de um ato estatal é eminentemente orgânico e subjetivo. Quando o órgão judiciário não exerce a função jurisdicional, nem por isso desaparecem os traços que o distinguem nas instituições estatais. A atuação do Juiz não sofre injunções de outros Poderes do Estado, quer este atue num campo ou noutro.

As funções não jurisdicionais da magistratura refulgem de suas atribuições específicas. É uma interferência funcional, pois o Judiciário normalmente não teria atribuição para praticá-lo.

Na interferência funcional há que distinguir: as atividades secundárias; os atos de governo interno do órgão estatal e as atividades anômalas.

A função secundária, antes de traduzir uma anomalia, é considerada um desvio normal. Trata-se de atividade estável e permanente, conferida, a um órgão que tem competência primária e específica em relação a outra classe de atividade. Função secundária do Judiciário é a chamada jurisdição voluntária, atividade administrativa conferida por longa tradição, aos órgãos judiciários.

Ato de governo interno é a chamada *autonomia*. Manifestação da capacidade do órgão para o governo, direção e controle de seus serviços, realizada através de atividade material e formalmente administrativa. É o poder governativo da Justiça, para prover ao bom e eficaz funcionamento do serviço e atividade pública da Justiça (concurso para escrevente, férias de funcionário, licença de magistrado).

Em se tratando de atividades anômalas, o Juiz não é titular desses interesses administrativos, e, sim, de uma atividade ou serviço público que não pertence ao organismo do Judiciário.

Para exemplificar, citamos o caso em que o juiz remete ao Procurador-Geral da Justiça o inquérito em que não quis o Ministério

Público oferecer denúncia (art. 28 do CPP). É o juiz fiscal da obrigatoriedade da ação penal. Idem artigo 419 do CPP.

Na Justiça da Infância e da Juventude existem muitas atividades anômalas, assim entendidas como atividades que, por sua natureza, nunca pertenceram às atividades normais do Poder Judiciário e ficariam melhor colocadas como sendo específicas (e típicas) de outro Poder, mas o legislador, talvez desejando revesti-las com o manto da imparcialidade, as nominou como sendo da competência (melhor seria atribuição) do Poder desarmado. Assim a autorização para viagem (arts. 83/85 da Lei. 8.069/90), que na verdade representa um controle do exercício do Poder Familiar do Estado. Na verdade, o juiz só deveria intervir no Poder Familiar quando houvesse divergência entre os pais (art. 21 da Lei 8.069/90). Na verdade, fora dessa hipótese, esse controle deveria ser feito pelas empresas transportadoras e não pelo Juizado.

Outra hipótese de anomalia funcional é a fiscalização das entidades não-governamentais (art. 95 da Lei 8.069/90). Na verdade, o Judiciário que fiscaliza é o mesmo que impõe as penalidades (art. 194) após o *devido processo legal*. Do mesmo jaez o disposto no artigo 181 da Lei 8.069/90, segundo o qual o juiz passa a ser fiscal da obrigatoriedade da ação socioeducativa, a exemplo do que ocorre na ação penal pública (art. 28 do CPP).

Veja-se o disposto no artigo 262 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que o próprio texto legal fala que não é função jurisdicional (vejamos o art. 131 da mesma Lei). Finalmente temos a disciplina da entrada e permanência de crianças e adolescentes em estádio, ginásios etc. - art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente -, que ficaria melhor alocada nas atribuições do Poder Executivo.

Por outro enfoque, vamos analisar uma situação bastante comum nos grandes centros: havendo necessidade de se atuar na prevenção, quanto ao, por exemplo, consumo de bebidas alcoólicas, ou quanto à regulamentação do Direito de visitas nos abrigos, ou quanto à autorização de saída das crianças institucionalizadas nos finais de semana, ou nos festejos natalinos, o Juiz deve emitir uma autorização para cada jovem, para cada Estabelecimento que ven-

de bebidas alcoólicas? Ou para cada criança abrigada ou internada? Ou seria para cada Abrigo ou Internato?

Tais providências, essenciais às atividades da Vara da Infância, estão implícitas na Lei, mas não constam no art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por isso são proibidas? Claro que não, são Atividades Judiciais da Justiça da Infância e da Juventude.

Como funções não jurisdicionais, mas necessárias (ou imprescindíveis) ao normal funcionamento do juízo, podemos citar a de formar um corpo técnico composto por assistentes sociais, psicólogos e até mesmo comissários (equipe interprofissional), a fim de diagnosticar os casos nas áreas específicas e permitir a escolha da medida mais acertada. Em quase todos os procedimentos - família substituta, ato infracional, destituição do Poder Familiar - há o dever legal de se colher, antes da decisão, um parecer técnico. Pois bem, essa equipe interprofissional, esse corpo de agentes é, pela Lei, formado pelo Judiciário nos exatos termos do art. 150 da Lei 8.069/90.

Por outro lado, como já tivemos oportunidade de observar, existem na Lei 8.069/90 algumas questões que são examinadas pelo Judiciário, mas que na verdade seriam funções de outros órgãos ou pessoas e, justamente por isso, são tidas por anômalas. Podemos citar o controle judicial do arquivamento e da remissão concedida pelo Ministério Público, no procedimento para apuração de ato infracional atribuído à adolescente (art. 181 da Lei 8.069/90); a disciplina da entrada e permanência de crianças e adolescentes em estádio, ginásio ou campo desportivo, bailes e promoções dançantes, boates e congêneres, etc. (art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e a autorização para viajar (art. 83 do mesmo diploma legal). São funções que não dizem respeito às atividades jurisdicional ou não jurisdicional do Poder Judiciário, mas que o legislador preferiu deixar nas mãos do juiz. Não são atividades típicas do Judiciário e podem ser, então, denominadas anômalas.

A Normatização de tais atividades através das Portarias é essencial. Apesar de formalmente se enquadrarem melhor nas atividades executivas, sem dúvida, as Portarias constituem, na verdade, o único, senão o melhor, instrumento para exercer com eficácia tais atribuições. A lei não pode dar o encargo sem permitir que seja

construído um caminho, uma forma para se dar conta desse encargo. Sem tais instrumentos, o juiz figuraria como um estandarte de figuração, uma cobra sem veneno, apenas para se mostrar visível, mas ineficaz e insensível para o fim a que se destina.

IV - TIPOS DE PROCESSOS E DE PROCEDIMENTOS QUE TRAMITAM NA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

Já ficou assentado que pode haver processos com ou sem contraditório, ou seja, de jurisdição contenciosa ou voluntária (com algumas particularidades), na Justiça da Infância e da Juventude.

Também não há dificuldades para descobrir quais as ações cotidianas na justiça tutelar. O exame atento do art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente nos dá os tipos de ações (e, conseqüentemente, de processos) que tramitam perante o juízo de “menores”.

Entretanto, além das representações para apuração de ato infracional atribuído à adolescente; das ações civis públicas fundadas em interesses afetos à criança e ao adolescente; das adoções; das ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, ou para aplicar penalidades administrativas aos pais, dirigentes de entidades e outras pessoas - ver arts. 245 a 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente -; dos casos encaminhados pelo Conselho Tutelar (art. 148, *caput*); ou das ações de guarda, tutela; destituição, perda ou modificação do pátrio poder, guarda ou tutela; de suprimento de capacidade ou consentimento para casar; emancipação, designação de curador especial; ação de alimentos e as atinentes ao registro civil, quando a criança, ou o adolescente, se enquadrar numa das hipóteses previstas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, existem outros processos, outras ações que podem ser apreciadas na justiça tutelar?

A resposta é afirmativa.

Há uma quantidade imensa de casos que, embora não mencionados no art. 148, são inquestionavelmente da competência da justiça tutelar. Os exemplos são múltiplos: qual o juízo competente para, *v.g.*, exigir que os hospitais proporcionem condições para a permanência, em tempo integral, de um dos pais ou responsável, no caso de internação de criança ou adolescente (art. 12 do Estatuto da Cri-

ança e do Adolescente)? E para os pais terem ciência do processo pedagógico de ensino nas escolas (art. 53, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente)? Como garantir judicialmente a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública (art. 4º, parágrafo único)?

O mesmo pode ser dito com relação às Portarias e/ou alvarás. O rol do art. 149 do ECA não é exaustivo ou taxativo. O STJ, através da 4ª Turma - MS nº. 1343-910020494, estabeleceu conclusão, a princípio óbvia, mas que não é compreendida por alguns, segundo a qual: *“É atribuição da Autoridade Judiciária disciplinar mediante Portarias e Alvarás, tudo o que vise a proteger a criança e o adolescente”*.

Parece claro que a competência é da Justiça da Infância e da Juventude. Apesar de não haver previsão expressa no art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente, as matérias postas em foco são decorrentes do sistema tutelar e *veniam petimus* para dizer que o rol dos assuntos mencionados no citado artigo 148 não é exaustivo.

Veja-se que não há como subtrair do adolescente o direito de postular a revisão ou substituição da medida socioeducativa imposta pela prática de um ato infracional (conforme artigos 99/100, 113, 111, 124, II, 141 e 207 do Estatuto da Criança e do Adolescente), e esse assunto não está regulado no art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nos comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, coordenado por Liborni Siqueira - Forense - 1991 -, p. 245, o ilustrado jurista Nagib Slaibi Filho, ao discorrer sobre o art. 212 da Lei 8.069/90, com a maestria que lhe é peculiar, asseverou:

“Até mesmo garantias não cíveis poderão ser utilizadas, como o habeas corpus (pois é a típica “ação popular”, cabendo a qualquer do povo, que se legitima, inclusive extraordinariamente, na defesa do direito de locomoção de outrem) ou a ação penal privada subsidiária (CF, art. 5º, LIX).”

A seguir, um pequeno rol, não exaustivo, das ações de defesa dos interesses da criança e do adolescente, reiterando que não importa a “ação”, mas o conteúdo do direito ou da *res in judicio deducta*:

- "a) habeas corpus (CF, art. 5º, LXVIII, CPP, art. 647 e segs.);*
b) habeas data (CF, art. 5º, LXXII, em que só há legitimação ordinária, devendo, assim, a criança vir representada e o adolescente assistido pelos seus tutores natos; se eles não existirem ou o interesse for incompatível, o juiz lhes nomeará curador, nos termos do art. 387 do Código Civil e art. 9º, I, do CPC);
c) mandado de segurança individual (CF, art. 5º, LXIX, Lei nº 1.533/1951, só para a defesa do interesse individual da criança ou do adolescente);
d) mandado de segurança coletivo (CF, artº 5º, LXX, a despeito do nome, serve também para a defesa de interesses difusos, além dos coletivos; para o qual há legitimação extraordinária da associação legalmente constituída e em funcionamento, há pelo menos um ano, na defesa dos interesses institucionais);
e) mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI, tanto para a defesa dos interesses individuais, como coletivos ou difusos, desde que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade e à cidadania da criança e do adolescente. Observe-se que o art. 16, VI, do Estatuto, erigiu o direito da criança e do adolescente a participar da vida política, na forma da lei; se não houver regulamentação, caberá o mandado de injunção para o exercício de tal direito de cidadania);
f) ação popular (CF, art. 5º, LXXIII, Lei nº 4.717/1965, para a qual está legitimado o adolescente que seja cidadão, isto é, inscrito como eleitor, bem como outro qualquer cidadão, inclusive na defesa do patrimônio público ou da moralidade administrativa, cujo ato impugnado seja lesivo aos direitos da criança e do adolescente);
g) ação civil pública (Leis nºs 7.347/1985 e 7.853/1989, Estatuto, art. 224);
i) ações especiais, tanto aquelas previstas no Código de Processo Civil (como a ação de consignação em pagamento) como na legislação extravagante, como, por exemplo, a ação mandamental do art. 212, § 2º."

Por outro lado, a despeito da ausência de previsão legal, sustentamos ser possível, viável e até mesmo recomendável a instauração, até mesmo de ofício, de procedimentos verificatórios ou de investigação judicial preliminar para apuração de ocorrência (ou não) de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente (art. 70 do Estatuto da Criança e do Adolescente). O art. 73 da Lei 8.069/90 fala da responsabilização pela inobservância das normas preventivas (v.g., arts. 74 a 85), mas é necessário apurar para fornecer ao Ministério Público, por exemplo, elementos para o início da ação cabível.

Como as instâncias são diferentes e não há inibição de se apurar, no nível administrativo, o que está sendo apurado penal e civilmente, entendemos que mesmo com a instauração da ação penal, deve-se apurar na justiça tutelar a infringência de norma estatutária, até mesmo para se aplicar a multa prevista no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Havendo mera suspeita de maus tratos (art. 13 da Lei 8.069/90) ante a inércia do Conselho Tutelar, ou mesmo na sua atuação, não se deve apurar as circunstâncias antes de se colocar o caso na esfera criminal?

Se uma mãe abandona um filho, não se deve apurar a causa ou se a mesma possui outros filhos?

Se um pai impede o filho de estudar, não é necessária uma verificação do caso?

A praxe judiciária institucionalizou o chamado "pedido de providências" que, na verdade, não retrata uma ação e no qual nem há um procedimento, no sentido de rito, mas uma investigação judicial preliminar, a análise de uma ocorrência que até pode chegar à aplicação de uma das medidas específicas de proteção (art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Deve-se observar, entretanto, o disposto no art. 153, com as ressalvas já feitas quanto ao contraditório e à ampla defesa.

Aliás, isso não é nada inovador: o artigo 160 do Decreto nº 17.943-A, de 17.10.1927 (antigo Código Mello Mattos) diz que "*Antes de ser iniciada a ação própria, o juiz pode proceder administrativamente às investigações que julgar convenientes, ouvindo o curador*

de menores quando entender oportuno ". Há quem sustente que o art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente é restritivo do dispositivo acima enfocado.

Quanto aos procedimentos, a Lei 8.069/90 regulou apenas o de perda e suspensão do Pátrio Poder (art. 155), o de destituição da tutela (art. 164), o de colocação em família substituta - guarda, tutela e adoção (art. 165)-, o de apuração de ato infracional atribuído a adolescente (art. 171), o de apuração de irregularidades em entidade de atendimento (art. 191), o de apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente (art. 194) e para a proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos (arts. 215 e seguintes).

Para os demais tipos de ações temos ou a aplicação subsidiária de outras Leis procedimentais (arts. 224, 198 e 152) ou se observa o já mencionado artigo 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É importante ressaltar que, a princípio foi introduzida uma jurisdição especial sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, em que não importa o modo procedimental, o rito ou o batismo da ação pela qual a questão é levada ao Judiciário. Sobreleva a qualquer interesse o conteúdo do direito em discussão. O procedimento é apenas um meio de instrumentalizar a jurisdição.

Nossa intenção ao trazer à lume algumas idéias foi a de acabar com o estigma, ainda presente em alguns, de que na Justiça da Infância e da Juventude os princípios e garantias processuais são deserdados ou renegados a último plano. Ou que as matérias ali discutidas se restringem aos "menores em situação irregular".

Também tivemos a ousadia de, agora no nível de Teoria Geral do Processo, posicionarmos contrariamente, na esteira de inúmeros processualistas, à idéia de que a jurisdição voluntária é função anômala do Judiciário. Na verdade a jurisdição graciosa é função típica do Judiciário e a Justiça da Infância e da Juventude é recheada de casos que tem o mesmo perfil.

A parte inicial, essencialmente teórica, teve por escopo provar que a jurisdição é una e a justiça tutelar obedece aos mesmos caracteres das outras. O juiz exerce a jurisdição dentro do processo e somente diante dele.

Os temas colocados em debate, de maneira superficial, merecem um estudo mais acurado e uma reflexão profunda, carecendo ainda de um estudo sistemático e abrangente.

Talvez haja uma boa alma que substitua algumas idéias antigas por outras melhores. Pensar de uma maneira diferente da que estamos habituados, eis a parte mais difícil, mas em se tratando de justiça tutelar, necessário se faz desconfiar e até contrariar as idéias que estão em voga, pois a maioria é falsa, posto que construídas sobre pilares que não existem mais no mundo jurídico. As idéias antigas não podem subsistir, pois, a lei antiga (Lei 6.697/79) já foi revogada. Boa ou ruim, a Lei 8.069/90 está em vigor e não pode ser desprezada. Interpretar a lei nova com princípios antigos (da lei revogada) não encampados é, *data venia*, um erro crasso.

Bem provavelmente é difícil mudar as idéias preconcebidas. Mas não se pode ter uma noção de uma coisa sem examiná-la antes. É preciso dar à lei tutelar estatutária uma chance para que ela se mostre viável ou não. Negar sua aplicação porque se tem uma opinião formada chega às raias do absurdo.

A intenção de todos é única: defender o interesse da criança e do adolescente e o da sociedade. Encontrar o ponto de equilíbrio é tarefa árdua. A lei criou um caminho para resolver o problema. Pode não ser o melhor ou o único, mas é um caminho que se não levar à Ariadne, certamente não entregará a matéria ao Minotauro.

V – PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE – MARCOS LEGAIS

Não se tergiversa na doutrina nem na jurisprudência a respeito do Poder Geral de Cautela do Juiz, que inclusive tornou usual e popular a denominação das ações cautelares inominadas.

O fundamento do poder normativo da Justiça da Infância e Juventude tem a mesma origem das medidas acautelatórias, que é exatamente, em última essência, evitar dano à parte. Só que com pórticos mais ampliados, uma vez que o Direito da Criança e do Adolescente é um Direito de quarta geração ou na expressão de Antonio Carlos Wolkmer, “um *Novo Direito*”.

Seguindo o que prescreveu o texto constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente ratificou a condição das crianças e dos

adolescentes enquanto sujeitos de direitos, de modo que a doutrina anterior, que os tratava como objetos passivos das relações jurídicas, foi completamente superada, baseando a nova ordem nos Direitos Fundamentais que lhes foram assegurados pela Constituição.

A "prioridade absoluta" dada à criança e ao adolescente também prevista na Carta Magna foi regulamentada no Estatuto, que no seu artigo 4º, parágrafo único, objetiva tal prioridade através de garantias expressas.

O ECA, por outro lado, além de positivizar ordinariamente direitos materiais da infância e juventude, estabeleceu novas formas de buscar-se a eficácia dos mesmos, não só por meio da previsão de procedimentos processuais para a defesa desses direitos, como também através das novas formas de articulação que o mesmo propõe entre o Estado e a sociedade civil, num sistema amplo de viabilização, atendimento e garantia de direitos.

Esse sistema sustenta-se em três eixos fundamentais:

1 – de proteção integral da criança e do adolescente.

2 – de vigilância, que se relaciona ao cumprimento do que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, bem como pelo que prescreve a Constituição Federal sobre os direitos da criança e do adolescente.

3 – de responsabilização pelo não atendimento, atendimento irregular ou violação de direitos individuais ou coletivos, sendo os agentes principais desta diretriz os Conselhos Tutelares e o Poder Judiciário.

Numa leitura lógica desses três eixos percebe-se a ampla necessidade de interação e complementação dos mesmos para que possa haver uma aplicação efetiva de todos os direitos previstos em lei.

A eficácia social da lei dependerá, pois, da capacidade dos agentes envolvidos com a defesa da criança e adolescente se mobilizarem e buscarem os mecanismos de viabilização das políticas previstas no Diploma legal.

Agentes e instrumentos articulados e harmonizados para a proteção, vigilância e responsabilização, a fim de realizar-se a eficácia plena das garantias asseguradas à infância e adolescência, serão os

elementos fundamentais para fazer valer a letra da lei. E, por vezes, somente através do Poder Regulamentador do Juiz, utilizável por meio de Portarias Normativas, é possível proteger, vigiar e responsabilizar, na hipótese de violação dos Direitos. Às vezes, não, na maioria das vezes.

Fixou-se, assim, uma Justiça de caráter preventivo, nos termos do artigo 4º, *caput*, do ECA, que prevê como dever do Poder Público assegurar-se o direito da criança e do jovem à convivência e desenvolvimento no meio familiar.

O artigo 87 do mesmo diploma regulamentou as diretrizes de uma política de atendimento que fosse capaz de atender não apenas a criança e adolescente individualmente, mas também a família e a comunidade como um todo, abrangendo aí, fundamentalmente, o atendimento e proteção de interesses de crianças e adolescentes no meio escolar e institucional.

O bom desempenho das entidades e a correta aplicação da política de atendimento são elementos fundamentais para a difícil tarefa de proteção e defesa dos direitos básicos de crianças e adolescentes.

Assim, a fiscalização das entidades que prestam tal atendimento é fator de grande importância, a ser realizada por três órgãos, individual ou coletivamente, conforme prevê o artigo 95 do ECA: *"As entidades governamentais e não-governamentais, referidas no artigo 90, serão fiscalizadas pelo Judiciário, pelo Ministério Público e pelos Conselhos Tutelares"*.

Existem, portanto, três níveis de controle e fiscalização a serem concretizados:

- 1 – pela sociedade civil, através, principalmente, dos Conselhos Tutelares;
- 2 – pelo MP, titular dos interesses individuais indisponíveis e dos interesses difusos e coletivos;
- 3 – pelo Juiz da infância e adolescência, que é o titular da tutela judiciária sobre as medidas aplicáveis à criança e ao adolescente.

O Ministério Público, representado pelo Promotor de Justiça, deverá exercer sua função com zelo e, como *ombudsman*, deverá realizar atendimento direto ao público, *"especialmente quando se*

trate do acesso da própria criança ou do próprio adolescente ao MP.” (ECA, art. 141).

Assim, através de ações jurisdicionais propostas pelo membro do Ministério Público, como no caso de uma Ação Civil Pública contra entidades de atendimento por sua prestação irregular (art. 97, parágrafo único, art. 148, V, e art. 191, todos do ECA) ou de um Mandado de Segurança contra ato administrativo, como portarias etc., o MP passou a ser agente fundamental para a defesa dos interesses em juízo da infância e juventude.

A Justiça da Infância e Juventude é composta não apenas pelo magistrado que atua na área da infância e adolescência, mas também de auxiliares da Justiça que o assessoram nas causas que envolvem direitos de crianças e adolescentes.

Alterada a óptica de visão em relação à criança e ao adolescente face à legislação anterior, o Código de Menores, em que os mesmos deixaram de ser vistos sob o prisma da patologia social e passaram a ser encarados como sujeitos de direitos especiais e específicos, toda a ótica do Juiz da Vara da Infância e da Juventude deverá ser alterada, tendo o mesmo o dever de assimilar os princípios atualmente vigentes no Estatuto, ao mesmo tempo em que se adapta à nova justiça tutelar que emergiu com o ECA.

Com efeito, as medidas tutelares específicas do Estatuto (arts. 98 e ss.) passaram a constituir o objeto básico da competência jurisdicional, e o Magistrado, ao atuar, deverá abandonar as práticas anteriores e, extrapolando a mera atividade de apreciação probatória ou de presidência de audiências de instrução ou de julgamento, deverá passar a ter contato efetivo com crianças e adolescentes, sendo também um dos entes responsáveis pela defesa de direitos violados.

Portanto, deve-se ratificar que o Juiz da Infância e Juventude deve atuar de acordo com os novos princípios tutelares do Estatuto e assumir uma postura voltada à sociedade, recebendo, tratando e protegendo aquelas crianças e adolescentes que têm seus direitos fundamentais violados.

Quanto aos auxiliares da Justiça, é fundamental ressaltar que é indispensável a atuação efetiva de uma equipe interprofissional (ECA, art. 150) que esteja integrada efetivamente não apenas com o

Juiz da Infância e Juventude, mas também com as entidades de atendimento de crianças e adolescentes, bem como com famílias, escola e demais instituições vinculadas ao problema.

Profissionais das áreas da psicologia, psiquiatria, assistência social e pedagogia são fundamentais para a formação da equipe, de acordo com as Regras Mínimas da ONU, embora nem sempre todos os quatro estejam presentes, como é o caso do Estado do RJ e de SP, que prevêm na sua Organização dos Serviços Auxiliares apenas psicólogos, assistentes sociais e comissários.

Os Direitos da Criança e Adolescente previstos no Estatuto correspondem a uma obrigação daqueles sujeitos elencados no artigo 227, da Constituição Federal: Família, sociedade e Estado, sendo permitido a este último admitir a participação de entidades não-governamentais, ratificado pelo artigo 4º do ECA.

Pelo descumprimento de uma obrigação em relação à infância e adolescência, tais sujeitos (individual ou solidariamente, conforme o caso), que ficaram legalmente obrigados, serão responsabilidades por seus atos.

Tal responsabilidade será decorrente de atos comissivos ou omissivos, *“por falta ou insuficiência da oferta de prestações”*, de todos aqueles legitimados passivos, inclusive coobrigados solidariamente, a teor do artigo 70, do ECA.

Assim, responsabilizam-se conforme suas obrigações: pais, tutores, entidades de atendimento governamentais ou não-governamentais e o próprio Estado.

Para tais responsabilidades faz-se mister, no mais das vezes, a utilização da via jurisdicional para cumprirem-se os termos da lei, lançando-se mão, então, dos mecanismos processuais, anômalos, atípicos e inominados, até porque não seria possível enumerar todos os casos do cotidiano e batizar todas as ações. Cada caso, cada comunidade tem suas particularidades.

Assim para responsabilizar-se os sujeitos pelo descumprimento de obrigação relacionada à infância ou adolescência, ou pelo seu cumprimento irregular, como, por exemplo, ausência de creches para crianças de zero a seis anos ou publicação de produtos e serviços perigosos direcionados à criança ou adolescente, é necessária,

na maioria das vezes, a utilização da via jurisdicional abstrata, pois é impossível o Juiz aguardar a violação do Direito e a iniciativa da parte para atuar e responsabilizar.

É nesse contexto que se insere o Poder Normativo do Juiz da Infância e Juventude. É impossível dar conta das atribuições previstas na Lei sem a utilização sistemática de Portarias, ainda que de caráter genérico.

O Juiz da Infância não pode ser um expectador (passivo) das violações de Direitos da Criança e do Adolescente. Não pode esperar acontecer e depois (se houver iniciativa) punir e responsabilizar. Sua existência é, antes de tudo e por tudo, para colocar o interesse da criança acima de qualquer outro.

Vejam os que diz o art. 70 da Lei 8.069/90. *“Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.”*

Como prevenir depois da lesão ao direito?

Há dispositivos legais (no ECA inclusive) que, para serem cumpridos, precisam de regulamentação. São as chamadas Normas de eficácia contida, ou não bastantes em si. Há, ainda outros, que, embora tenham eficácia plena, seriam melhor observados se fossem esclarecidos.

Vejam alguns exemplos:

O artigo 83 da Lei 8.069/90, afirma que a criança (menor de 12 anos) pode viajar para fora da Comarca, desacompanhada dos pais, só com autorização judicial. Diz, ainda, que uma autorização judicial pode ser dada por até dois anos (§ 2º). Um jovem de 10 anos que pede autorização (através dos pais) para viajar do município do Rio de Janeiro para o município de Niterói, para estudar, obtendo a autorização para viajar desacompanhado resolve ir, sozinho, para o Município de Cabo Frio para se prostituir ou passear.

É legal? Sim.

É possível? Pela Lei, sim. Mas, observe:

Se não houver parente algum dessa criança em Cabo Frio, ela ficaria onde? Hospedada em um hotel? (precisaria de autorização judicial, *ex vi* do art. 82 ECA). Não seria de bom alvitre o juiz regular, *preventivamente*, essas questões, por Portaria, para orientar e

esclarecer as empresas de ônibus, a Rodoviária, por exemplo? Isso está previsto em Lei? Não, mas não é recomendável?

Outra questão é com relação aos programas e projetos realizados e executados por ou através da equipe técnica dos Juízos. Como torná-los efetivos sem uma Portaria?

O artigo 50 da Lei 8.069/90 determina que o Juiz mantenha na sua comarca um registro de crianças e adolescentes a serem adotadas e outro de pessoas interessadas em adoção. Independentemente de se dispor de um cadastro unificado, através da CEJAS, parece-nos indispensável a existência de um cadastro local. Como regular esse cadastro, esse serviço sem um ato normativo, sem uma Portaria?

A integração operacional do Judiciário, MP, Defensoria Pública, Polícia e Assistência Social, a que se alude no art. 88, V, da Lei 8.069/90, quer no âmbito pluri-institucional, quer no âmbito do Poder Judiciário e sua equipe técnica, não pode ser feita por Portaria (repita-se individual ou conjunta)?

O artigo 191 da Lei 8.069/90 estabelece que "o procedimento de apuração de irregularidades em entidade governamental e não-governamental terá início mediante Portaria da autoridade judiciária ou representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, onde conste, necessariamente, resumo dos fatos.

Essa Portaria, referida, é também ilegal?

Para que a medida socioeducativa possa ser reavaliada (a de internação deve ser a cada seis meses), o juiz não pode, através de Portaria, estabelecer critérios objetivos que devam figurar nos relatórios sociais apresentados através da Portaria? (veja-se os artigos: 94, XIV; 99; 100; 112; § 1º; 113 e 121; § 2º, todos do ECA)

Todas e muitas outras Portarias, existentes, não podem existir porque não estão mencionadas no art. 149 da Lei 8.069/90, não podem ser editadas?

São ilegais?

Obviamente que não.

VI) LEGALIDADE

A Constituição Federal, logo no seu art. 5º, XXXV, estabelece que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito.

No campo da Lei Específica estatui-se que é dever de todos prevenir ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Consabe-se que a tutela judicial preventiva tem maior presença no campo cautelar.

Construindo um raciocínio lógico, a Justiça da Infância e da Juventude, pelas suas peculiaridades, pelos interesses que protege, tem na portaria o seu melhor e talvez único instrumento de *efetividade preventiva*. Sem ela o Juiz da Infância e da Juventude está fadado a *prestar a tutela tardia e ineficiente e não estaria e nem poderia prevenir a ameaça de violação de direitos*, estando subjungido a reparar a lesão.

Na verdade, a portaria é um instrumento cautelar, uma providência cautelar, que tem como supedâneo o poder geral de cautela do Juiz.

Assim que foi editado o CPC/73, o Des. Barbosa Moreira, na sua obra **Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil** – Editora Liber Juris – 1974, p. 240, disse com as cores da atualidade, muito bem a questão ao explanar.

“Um problema que sempre figurou nas cogitações centrais de todos os que lidam com o processo cautelar é o relativo à possibilidade, ou não, de o juiz decretar medidas desta natureza não expressamente previstas no texto legal. É a famosa controvérsia a respeito dos limites do poder cautelar do juiz; ou, em outras palavras, da taxatividade, ou não, do elenco de medidas cautelares que a lei nos oferece. Todos percebem a dificuldade, ou até a impossibilidade, de exigir-se do legislador que preveja, causuisticamente, todas as providências cautelares que podem vir a revelar-se necessárias diante da multiforme variedade das hipóteses concretas”.

Páginas adiante, continua o eminente processualista:

“Tenho a certeza de que a intenção do legislador foi a de atribuir ao juiz esse poder cautelar genérico; mas não me pa-

rece que ele tenha conseguido transfundir essa intenção pelo menos com toda a clareza que seria de desejar, no texto da Lei. É verdade que o artigo 798 se refere às medidas provisórias que o juiz julgar adequadas: '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'. Aliás, duas observações de natureza crítica são cabíveis aqui. Uma delas concerne à expressão 'antes do julgamento da lide', como se só coubesse a decretação de medida cautelar antes ou no curso do processo de conhecimento, o que não é verdade, em absoluto. A necessidade da providência cautelar pode também surgir no curso do processo de execução, e basta que se atente ao art. 793: 'suspensa a execução, é defeso praticar quaisquer atos processuais. O juiz poderá, entretanto, ordenar providências cautelares urgentes'. É a própria lei que reconhece expressis verbis a oportunidade de medidas cautelares durante a execução. Não tem, portanto, razão de ser essa restrição que se encontra no artigo 798: 'antes do julgamento da lide'. Outra crítica que se poderia fazer é a de que o artigo 798 dá a impressão de que o perigo da lesão só pode resultar do comportamento da parte: '... fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação' - quando é certo que por vezes o perigo pode resultar de fatos naturais: perigo, por exemplo, de destruição de uma coisa que esteja sujeita a intempéries"

Acrescentando, ou contextualizando, à lição do Des. Barbosa Moreira, a ameaça de lesão pode resultar da ausência de regras específicas para a prevenção (regras, aliás, que não poderiam ser profetizadas na lei e só o prudente arbítrio do juiz, dentro das peculiaridades de cada caso pode estabelecer).

É inegável que ao prover cautelarmente o juiz atente ao interesse público. Pode-se argumentar contrariamente que a tutela

cautelar objetiva a prevenção de um processo. Entretanto, situações denunciadoras de perigo, de ameaça, ou até mesmo de lesão a direitos instam os juízes da infância e da juventude a adotar uma providência imediata para evitar o dano, prevenir, em suma, de maneira rápida e eficaz.

Ainda que tais provimentos não sejam considerados cautelares, na acepção estrita do termo, mesmo que versem sobre direitos materiais, o Estado-Juiz, o Juiz da Infância e da Juventude, no exercício do seu poder-dever judicial, não pode escusar-se de enfrentar uma situação de periclitamento do direito da parte a pretexto de inexistir texto expresso que autorize essa cognição, essa providência sumária e urgente. A inércia é vedada pela própria Constituição Federal, a qual inadmitte que escape à justiça qualquer ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV).

O Poder Judiciário padece ao ser criticado pela sua morosidade e pela ineficiência do processo em razão do formalismo exarcebado. O pressuposto da efetividade representa, sem dúvida, o moderno enfoque da jurisdição. Como disse o Des. Barbosa Moreira ("Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil", *Revista de Processo*, v. 31, p. 199, jul-set., 1983), "o progresso científico de tantas décadas não poderia impedir que dramaticamente a justiça civil alcançasse níveis alarmantes de satisfação".

Pois bem, a efetividade das portarias confere, no menor lapso de tempo a solução adequada ao conflito ou, ainda melhor, evita a própria existência de conflito.

O Ministro Luiz Fux, no seu festejado *Curso de Direito Processual Civil – Forense*, 2ª edição, p. 1560

"Diante da urgência e da necessidade de ingresso no Judiciário, o Estado, exercente do poder-dever de prestar a jurisdição, não pode escusar-se em deferir a providência sob o manto da inexistência de previsão legal. Além da regra in procedendo do art. 126 do Código de Processo Civil,¹ conspira contra essa

¹ Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não havendo, recorrerá à analogia, aos costumes, aos princípios gerais de direito".

*exoneração do dever de julgar próprio o princípio do acesso à justiça que, na verdade, não reclama outra coisa senão o exercício do direito abstrato de petição, pouco importando o direito material encartado ou veiculado no **petitum**.*

*Ademais, a obrigação de o Estado intervir numa determinada situação de urgência o faz criar, ou melhor, enxergar, no seu ordenamento, instrumento capaz de afastar através de suas mãos oficiais o **periculum retratado**, haja vista que disso não pode incumbir-se a parte por força da vedação à justiça privada. Desta sorte, o monopólio da jurisdição impõe que o Estado, sob as penas da denegação judicial, encontre no seu corpo legislativo, através de técnica de auto-integração e interpretação, remédio jurídico capaz de arrostar o perigo ao direito da parte, ainda que não se trate de demanda cautelar, para a qual o legislador previu a tutela imediata."²*

A exigência de procedimento individualizado para prover, caso a caso, os interesses ou mesmo os aspectos preventivos (se é que isso é possível, está na contramão da efetividade da jurisdição e na sua área da infância e da juventude mais ainda). Primeiro, porque se é possível resolver a situação preventivamente através de um único ato, nada recomenda, ou melhor, repugna, o acesso à justiça com a multiplicação injustificada de processos. Segundo, porque a grande maioria dos jurisdicionados da infância só têm o acesso à justiça na Lei; na prática, não têm meios e modos de exercer tal direito. Terceiro, porque a definição dos interesses conflitantes entre os jovens e seus representantes legais (a que o formalismo determina a nomeação de curador especial *ex arg* do art. 142 da Lei 8.069/90) praticamente inviabiliza a prevenção. Finalmente, em terceiro lugar, em se tratando dos grandes centros, grandes comarcas, no plano realístico a resposta judicial muito dificilmente será rápida e justa ou no tempo certo para evitar o dano.

² A idéia da contraprestação entre o monopólio da justiça e a necessidade de adequada prestação da justiça ao direito reclamado foram magistralmente evidenciadas por Proto Pisani (*I Rapporti fra Diritto Sostanziale e Processo*; Appunti sulla Giustizia Civile, Bari, Cacucci, 1982, p.42).

Há que se ponderar, sem dúvida, que a moderna concepção da proteção judicial dos interesses coletivos autoriza que o juiz da infância e da juventude, ao exercer o seu poder geral de cautela, adote providências regulamentadoras da situação de determinados grupos de pessoas.

Assim, não há como dizer-se genérico e abstrato o interesse das crianças e dos adolescentes abrigados em determinado município sob a jurisdição de um único juízo. Isso na verdade é um interesse coletivo, tanto sob a ótica dos abrigados quanto dos abrigos. O mesmo pode ser dito com relação ao regramento das diversões públicas existentes num município, numa comarca. Os estabelecimentos que devem obedecer aos ditames dos artigos 74 e seguintes e 149 do ECA formam uma coletividade. A proteção judicial dos interesses difusos e coletivos é prevista na Lei (artigos 208 e 209 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e isso é o quanto basta para afastar o pouco substancial argumento de que as portarias têm caráter geral.

As providências judiciais efetivas de prevenção, seja através de que forma for (inclusive portarias), nada tem de reprimenda implícita do revogado art. 8º da Lei 6.697/79, que fundamentava as portarias de caráter geral. São, isso sim, o melhor instrumento judicial de prevenção, de conciliação e harmonização de interesses e de efetividade da Lei 8.069/90 (ECA).

Limitar a incidência das Portarias aos casos mencionados no art. 149 da Lei 8.069/90 é desconsiderar vários dispositivos da própria lei mencionada, dentre eles o já transcrito artigo 70 e os artigos 72, 151, 191, 209, dentre outros. Vale a pena transcrevê-los:

“Art. 72- As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção especial outras decorrentes dos princípios por ela adotados”.

“Art. 151- Compete à equipe interprofissional, dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária”.

ria, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico”.

“Art. 191- O procedimento de apuração de irregularidades em entidade governamental e não-governamental terá início mediante portaria da autoridade judiciária ou representação do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, onde conste, necessariamente, resumo dos fatos”.

“Parágrafo único - Havendo motivo grave, poderá autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar liminarmente o afastamento provisório do dirigente da entidade, mediante decisão fundamentada”.

“Art. 209- As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência da Justiça Federal e a competência originária dos tribunais superiores”.

É possível o questionamento quanto à forma, ou seja, quanto ao procedimento necessário para a edição de uma portaria (se é necessário um processo ou procedimento prévio, ou se tal providência é facultativa), mas isso é secundário, porque a parte insatisfeita, tão logo tome conhecimento do teor da Portaria pode submetê-la ao crivo do próprio juiz, solicitando a sua revogação ou mudança, ou ao tribunal, à segunda instância, através de recurso próprio (art. 199 da Lei 8.069/90) ou de uma das ações autônomas de impugnação (MS, por exemplo). O exercício desse instrumento não é arbitrário e definitivo.

Quanto à fundamentação da Portaria, nada obsta que se tenha como regular adoção dos “considerados” para ter-se atendida essa exigência constitucional.

Dizer-se que o Juiz não pode suprir as lacunas da Lei beira a margem de uma heresia, pois todos consagramos e aceitamos a regra universal do sistema continental segundo a qual “quando a lei for omissa, o juiz utilizará a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito”.

É possível que se argumente que a intervenção do Ministério Público seja indispensável, mas nada está a dizer que tal interven-

ção tenha que ser prévia e que sua ciência posterior e respectivo silêncio qualificado não venha a suprir tal exigência, tal como ocorre, por exemplo, no vício de iniciativa de uma Lei, suprido, na esteira da melhor doutrina, pela sanção do Executivo à mesma Lei.

A verdade é que tais questões formais, além de poderem ser facilmente supridas (quer pelo acerto jurisprudencial, quer por um agrupamento pluri-institucional) estão longe de serem impositivas da extremada posição de inviabilidade da utilização do instrumento Portaria como prevenção à ameaça de Direitos ou como melhor maneira de suprir as omissões do legislador (por vezes propositais).

Destarte, ainda que se consagre a nulidade (pelo vício de forma, sempre relativa), não podemos esquecer a existência da somatória e dos efeitos que são produzidos até a efetiva revogação.

Diante de tudo o que ficou assentado, não há razões para se afirmar, como, açodadamente, têm-se visto e ouvido, que o poder de baixar Portarias se restringe às hipóteses previstas expressamente na Lei, pois sem tais instrumentos a efetividade da Lei 8.069/90 jamais será ampla e completa. Por isso, a edição de Portarias é sistematicamente constitucional e tem amplo respaldo na Legislação vigente

VII) CONCLUSÃO

Podemos, então, concluir que sendo a Lei 8.069/90 um instrumento de terceira geração, que adotou a doutrina da proteção integral, não seria possível a efetividade completa da Lei sem que fossem viabilizados ao Juiz meios, modos de prevenir a ameaça à violação de Direitos.

Assim, as Portarias nada mais são do que instrumentos de efetividade judicial e legal, sujeitas ao duplo grau de jurisdição.

Sem as Portarias, a Justiça da Infância e da Juventude perderá muito sua eficácia, efetividade e rapidez, além de praticamente multiplicar por vinte a quantidade de processos atuais. A prestação jurisdicional estará inviabilizada.

As Portarias se inserem, no contexto das atividades do juiz, como atividade meio e como atividade de interdependência interna, quando se destinam a coordenar os diversos serviços que com-

põem a infra-estrutura da Justiça da Infância e Juventude e praticamente é impossível organizar, controlar e coordenar sem a normatização através de Portarias que não podem e nem devem ser inseridas no texto da Lei 8.069/90, até porque reportam-se aos princípios da organização judiciária que é local e multifacetária.

Também, no mesmo contexto, as Portarias, quando regulam o inter-relacionamento entre o judiciário e a comunidade são atividades de interdependência externa. É impossível estabelecer parâmetros de execução de projetos e parcerias para atendimento da infância e da juventude assistida sem a edição de atos normativos reguladores e disciplinadores, contexto em que se insere as Portarias, que, por obviedade, não podem ser reguladas expressamente na Lei Federal específica, que, aliás, foi sábia e permite que o juiz tome as providências cautelares e preventivas que se revelem necessárias diante da multiforme variedade das hipóteses concretas.

O Juiz da infância e da Juventude, por lidar com questões humanas e complexas, como nenhum outro, tem dificuldades em resolver as questões sociais apenas pela faceta jurídica do caso. É, portanto, uma atividade anômala, tendo a Lei Federal Específica consagrado, expressa e implicitamente, várias questões jurisdicionais (estritamente falando). Se inserem no rol das competências da Vara da Infância (como por exemplo, a autorização de viagem, o Poder Fiscalizatório etc.) porque se harmonizam melhor com as múltiplas funções da Justiça Tutelar, constituindo, portanto, *atividades judiciais da Justiça da Infância e da Juventude*.

Não se pode dar encargo e ao mesmo tempo impedir que se lhe dê conta dele. Sem as Portarias, muitas das atividades judiciais do Juiz da Infância e da Juventude não poderiam ser exercidas com eficiência e o Juízo passaria a ser titular do papel de figurante.

Não há dúvidas de que na Justiça da Infância e Juventude existem muitos casos e muitas ações que são apreciadas mas não constam no rol das competências definidas na Lei Federal Específica (ECA). Muitas delas estão implícitas na lógica sistematização da Lei. Os pedidos de Providências, consagrados na praxe forense, são um exemplo vivo e atual. Assim, como é passível de compreensão que são eles necessários e imprescindíveis à prestação jurisdicional efe-

tiva (e o são a nível individual), pelas mesmas razões – e, diríamos nós, por outras mais relevantes, porque o pedido de Providências considera a existência de uma possível violação concreta, no mínimo, a Portaria, preventivamente, pode evitar centenas, milhares de violações –, as Portarias merecem os mesmos atributivos.

Existem no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) diversos dispositivos legais que só se tornam plenamente eficazes com a edição de Portarias e, por isso, o Poder Normativo na Justiça da Infância e da Juventude é indispensável para a efetividade da própria Lei e do sistema de garantia de Direitos.

Além disso, suprimir ou restringir a edição de Portarias fere, por via reflexa o Princípio Constitucional de que a Lei não excluirá de apreciação do Judiciário lesão ou grave ameaça ao direito (art. 5º, XXXV, da CRFB/88), além de retirar do Juiz a possibilidade da utilização do seu Poder Geral de Cautela, que, inclusive, abre caminho para a tutela de urgência. Sem as Portarias, muitas atuações seriam tardias e ineficientes, além de não atender ao corolário básico da *prevenção* à ameaça de direitos.

O formalismo exarcebado ou até eventuais preliminares à edição da Portaria não podem servir de supedâneo para o completo aniquilamento da mesma e dizer que o juiz não pode suprir as lacunas das Leis através das Portarias ou que só pode baixá-las nos casos previstos no art. 149 da Lei 8.069/90 beira a margem de uma heresia, pois quando a Lei for omissa o juiz utilizará a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

A óbvia conclusão definitiva, com todas as vênias de estilo, é que, sem o seu Poder Normativo, a Justiça da Infância e da Juventude chega bem próximo da ineficiência por falta de efetividade. ☐

Por que os Bancos Teimam em Cobrar Juros Capitalizados?

Marcos Cavalcante de Oliveira
*Professor de Direito Empresarial e Direito
Processual Civil. Conferencista na EMERJ.*

1. UM CASO DE DESORDEM DISSOCIATIVA DE IDENTIDADE

Diversos trabalhos têm sido publicados no Brasil chamando a atenção para a necessidade de se aprofundarem os estudos sobre o relacionamento entre o direito e a economia,¹ área que já ganhou *status* de um ramo autônomo do conhecimento humano nos Estados Unidos.²

¹ A título de exemplo da literatura mais recente no Brasil, que adota esta maneira de estudar o fenômeno econômico financeiro, ver: ARIDA, Pérsio; BACHA, Edmar Lisboa & RESENDE, André Lara. "Credit, interest, and jurisdictional uncertainty: conjectures on the case of Brazil", em www.ipeccdg.com consultado em setembro de 2004; BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000; CAMPILONGO, Celson Fernandes; ROCHA, Jean Paul C. Veiga da & MATTOS, Paulo Todescan Lessa, coordenadores. *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002; FACHADA, Pedro, FIGUEIREDO, Luiz Fernando, & LUNDBERG, Eduardo. *Sistema judicial e mercado de crédito no Brasil*. Brasília: BACEN, 2003; FAJARDO, José & FONSECA, Marcelo Maciel. "Spread bancário e a Lei de Falências" in *Valor Econômico*, 27 de janeiro de 2005, p. A10; FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. "Globalização e direito no Brasil" em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5797&p=2>, consultado em novembro de 2004; NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001; OLIVEIRA, Gesner. *Brasil Real*. São Paulo: Mandarim, 1996; PINHEIRO, Armando Castelar, organizador. *Judiciário e Economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000; PINHEIRO, Armando Castelar, organizador. *Reforma do Judiciário: Problemas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Booklink, 2003; SADDI, Jairo & PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005; STURZENEGGER, Luiz Carlos. "As normas econômico-financeiras e o controle do Poder Judiciário." in *Aspectos constitucionais e econômicos do sistema financeiro*. São Paulo: IBCB, 1997; ZYLBERSZTAJN, Décio & SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia*, organizadores. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

² Como obras representativas dessa tendência em outros países, especialmente nos Estados Unidos, podem ser consultados: BECKER, Gary. *A Treatise on the family*, enlarged edition. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991;

A necessidade dessa reflexão integrada talvez seja manifesta com mais clareza em nossa prática jurídica quando se analisa a questão da prática do mercado financeiro de adotar juros capitalizados. Neste terreno, o estado atual do tratamento da matéria na maioria da literatura e em bom número das decisões judiciais poderia ser comparado àquilo que os psicólogos costumam chamar de desordem dissociativa de identidade, que é uma doença mental em que a pessoa tem dois ou mais estados de personalidade, que recorrentemente assumem o controle da consciência do indivíduo.

De um lado, tem-se uma cadeia de normas que começaram com o art. 4º do Decreto nº 22.626, de 1933, passando pela Súmula nº 121 do Supremo Tribunal Federal, até o art. 591 do Código Civil de 2002, que limitam drasticamente a capitalização dos juros; de outro, existe a prática ampla, generalizada e irrestrita em praticamente todas as operações ativas e passivas realizadas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional. Diante dessa dissociação entre os textos que vedam a capitalização e o mundo real que a adota quase sem nenhum constrangimento, é natural que o operador do direito que nunca tenha trabalhado no mercado financeiro fique perplexo e questione: por que os bancos teimam em cobrar juros capitalizados?

O objetivo deste artigo é responder a esta questão, apresentando argumentos favoráveis à capitalização, que estão classificados em três grupos: financeiros, jurídicos e políticos.

BUSCAGLIA, Edgardo & RATLIFF, William. *Law and Economics in developing countries*. Stanford: Hoover Institution Press, 2000; COASE, Robert H. *The firm, The market, and the Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988; COOTER, Robert & ULEN, Thomas. *Law and economics*. Glenview: Scott, Foresman and Company, 1988; HARRISON, Jeffrey L. *Law and Economics*, 3ª ed. St. Paul: West, 2003; NORTH, Douglas C. *Custos de transação, instituições e desempenho econômico*, tradução para o português de Elizabete Hart. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1998; POSNER, Richard. *Economic analysis of the Law*, 6th ed. New York: Aspen Publishers, 2003; POSNER, Richard. *The economics of justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1983; POSNER, Richard. *The problems of jurisprudence*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993; POSNER, Richard A. & KRONMAN, Anthony T. *Economics of Contract Law*. New York: Aspen Publishers, 1979; STIGLER, George. "Law or Economics?" em *The Journal of Law and Economics*, v. 35, nº 2; VAN DEN BERGH, Roger. "The growth of Law and Economics in Europe" em *European Economic Review*, v. 40, nº 3-5; VELIJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*, tradução para o português de Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994; WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism*. New York: Free Press, 1985.

2. EXPLICITANDO OS CONCEITOS

Antes de se adentrar ao exame destes argumentos, é necessário esclarecer alguns conceitos que são freqüentemente confundidos.

Capitalização, ato ou efeito de capitalizar, é a conversão em capital do valor do juro apurado num período passado.

Regime de capitalização é o processo de formação do capital ao longo do tempo. No *regime de capitalização discreta* os juros são adquiridos pelo credor e, por conseqüência, incorporados ao capital no final de cada período de tempo ao qual a taxa é aplicada³. Os regimes de capitalização discreta mais usuais nos mercados financeiros são aqueles que trabalham com os juros simples (aplicados no caso dos juros moratórios) e com os juros compostos (aplicados aos juros remuneratórios). Do ponto de vista matemático, a diferença entre os regimes de capitalização simples e compostos está no período de capitalização.

Período de capitalização é o prazo durante o qual um capital permanece fixo como base de cálculo dos juros; ou, em outras palavras, é o período de tempo ao término do qual os juros são incorporados ao capital para o cálculo dos juros devidos no período seguinte. O período de capitalização não se confunde com o *prazo da obrigação*, que é o intervalo de tempo entre a declaração de vontade e o termo final da exigibilidade da obrigação. O termo final estabelece a data em que o devedor tem de pagar, mas não a data em que o credor adquire o direito ao pagamento, a qual se dá no momento estipulado pela vontade das partes.

A questão chave para distinguir os juros simples dos compostos está no momento em que o valor do juro (ou o direito ao seu recebimento) se incorpora ao patrimônio do credor. A aplicação da taxa de juros simples pressupõe que: a) o credor só adquire o juro ao final de toda a vida do empréstimo; ou, então, b) o credor adquire o juro ao final de cada período (seja, ele dia, mês ou ano), mas que o devedor paga pontualmente esse juro.

³ Existe, ainda, o regime de capitalização contínua, no qual a taxa de juros é considerada como referenciada a um intervalo de tempo infinitesimal, ou seja, a aquisição dos juros e sua incorporação ao capital são instantâneas.

Quando os juros são computados de modo simples, o período de capitalização é igual ao período de apuração dos juros, ou seja, nos *juros simples* o credor só adquire o direito aos juros ao final do prazo e, por isso, não há capitalizações intermediárias durante todo o período em que os juros são computados. No regime de juros simples, os juros de cada período são calculados sempre em função do capital inicial empregado (valor financiado).

O regime de juros compostos repousa sobre dois pressupostos básicos: 1º) o credor incorpora o juro que lhe é devido ao seu patrimônio ao final de cada período; 2º) no final de cada período, o devedor não entrega ao credor a moeda correspondente ao juro apurado, mas consente que o seu valor equivalente seja incorporado ao capital da dívida. Em outras palavras, o período de capitalização é menor que o prazo da obrigação e o devedor não faz pagamentos intermediários em valor suficiente para quitar a parcela dos juros devidos.

No regime de juros compostos, o valor dos juros de cada período é calculado aplicando-se a taxa sobre o saldo existente no início do período correspondente já acrescido dos juros apurados e não recebidos no período anterior. O juro é, pois, adicionado ao capital em dívida no fim de cada período de capitalização, formando um novo capital.

3. ARGUMENTOS FINANCEIROS A FAVOR DA CAPITALIZAÇÃO NOS EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS

3.1. Distinção dos prazos de apuração e pagamento dos juros

Nos contratos de mútuo feneratício, existem três prazos que são distintos quanto à sua natureza: a) *prazo de aquisição* – período ao término do qual o direito aos juros é incorporado ao patrimônio do credor; b) *prazo de apuração* – período ao término do qual os juros são calculados; c) *prazo de pagamento* – período ao término do qual o mutuário deve efetivar o pagamento da parcela referente aos juros. Estes prazos podem ser ou não coincidentes.

Se a fonte do dever de pagar os juros é exclusivamente a lei, isto é, está se falando em *juros legais*, eles serão devidos desde a data estipulada na norma jurídica que os faz incidir, que pode ser

tanto a data do fato gerador do dever de pagá-los (arts. 397 e 398 do Código Civil) quanto a data da citação (art. 405 do Código Civil), e devem ser apurados de forma simples até o seu efetivo pagamento, pois não há norma legal determinando a capitalização dos juros legais.

Quando a fonte do dever de pagar os juros é o negócio jurídico, os prazos para aquisição, apuração e pagamento dos juros dependem da manifestação de vontade das partes. Não havendo data estipulada para o prazo de aquisição, incide a regra do art. 1.215 do Código Civil, que reputa os juros adquiridos dia a dia. Na ausência de pacto para o prazo de pagamento, este pode ser constituído por intermédio de uma interpelação (art. 397, parágrafo único do Código Civil).

E se o devedor dos juros convencionais não os paga no vencimento, o que fazer? Novamente, depende da vontade das partes. A regra geral é que o inadimplemento da obrigação de pagamento dos juros faz nascer a pretensão e a ação (Código Civil, arts. 389, 294 e 1425, III), mas as partes podem pactuar o “refinanciamento” dos juros. Neste caso, o juro vencido se incorpora ao capital e sobre ele passam a incidir novos juros.

Capital e juros são bens jurídicos distintos e, por isso, podem ter – e normalmente têm – cursos de vida distintos. A obrigatoriedade da capitalização não é automática. Sua existência depende de declaração de vontade das partes. A aplicação do regime de capitalização pressupõe juros vencidos e não pagos e o pacto de refinanciamento dos juros adquiridos pelo credor mas ainda não pagos pelo devedor.

Ao contrário, a lógica dos juros simples pressupõe que os prazos de aquisição dos juros e de seu respectivo pagamento são iguais. O devedor paga a parcela de juros adquirida pelo mutuante ao final de cada período. Se o devedor do mútuo paga os juros na mesma periodicidade em que eles são incorridos, ele não perde nada. Apenas cumpre sua obrigação. O credor que recebe no vencimento, por seu turno, também não tem nenhum ganho extraordinário, apenas recebe aquilo que se pactuou que lhe era devido. Mas é óbvio que recebendo o pagamento dos juros, ele pode reaplicar o montante recebido no seu negócio e, com isso, gerará novos ganhos sobre aquele valor.

Se o mutuário deixa de pagar os juros ao credor ao término do respectivo período de apuração, surge uma situação curiosa, pois o devedor poderá reinvestir o valor dos juros devidos e não pagos, e o credor ficará privado dos juros já adquiridos (e, pelos quais, como se verá, terá até de pagar imposto de renda). Numa situação dessas há um descompasso entre as partes, com nítido favorecimento do devedor. A capitalização dos juros é o único mecanismo capaz de restaurar o equilíbrio que surge quando o mutuário não paga os juros na mesma velocidade em que o credor os adquire. Nestas situações, se fossem adotados os juros simples, o credor ficaria privado da remuneração do seu capital até o termo final de pagamento, e durante este prazo o devedor poderia reinvestir ou, de qualquer forma usufruir dos juros já adquiridos pelo credor sem ter que pagar-lhe o rendimento havido sobre a parcela dos juros.

3.2. Bancos como meros intermediários dos fluxos financeiros

Há de se considerar, também, que as instituições financeiras são meras intermediárias dos fluxos financeiros. São sociedades comerciais dedicadas a promover o encontro daquelas pessoas que estão dispostas a ser provedoras de recursos oriundos de suas poupanças com aquelas outras que estão necessitadas de fundos para realizar seus investimentos.

Tudo o que o sistema financeiro faz por intermédio dos seus diferentes mercados é captar recursos das unidades provedoras de fundos, rearranjar esses recursos conforme as necessidades dos tomadores de recursos quanto à moeda, ao prazo, e às demais obrigações correlatas e depois oferecer aqueles mesmos fundos para os tomadores. Para o sistema financeiro como um todo, a soma de todos os ativos financeiros é absolutamente igual à soma de todos os passivos financeiros. *O sistema só empresta aquilo que ele antes tomou emprestado de alguém.* Ativos e passivos financeiros se cancelam no sistema financeiro como um todo, de modo que a perda de um ativo financeiro para o sistema implica, necessariamente, numa igual redução do passivo. Em outras palavras, há um mecanismo de vasos comunicantes, de modo que todos os ganhos ou perdas dos credores são inteiramente compensados com movimentos de igual intensidade, mas no sentido inverso junto aos devedores.

O primeiro e mais elementar custo suportado por qualquer instituição financeira é o custo do dinheiro captado junto aos provedores de recursos na economia, que, no caso brasileiro, é a taxa SELIC.⁴ Este é o patamar mínimo de custo que qualquer instituição financeira tem de suportar.

Taxa SELIC é a taxa média ponderada e ajustada das operações de financiamento por um dia, lastreadas em títulos públicos federais e cursadas no SELIC na forma de operações compromissadas.

A norma do Banco Central que disciplina o cálculo da taxa SELIC⁵ manda que a taxa média ajustada das operações compromissadas seja calculada de acordo com uma fórmula específica, que explicitamente adota o regime da capitalização discreta com juros compostos diariamente. Mais especificamente, a taxa SELIC é uma taxa nominal, cujo cálculo é feito pelo regime de capitalização discreta, onde a média das taxas diárias é elevada à 252ª potência, o que corresponde a dizer que a taxa de um dia é capitalizada por um número fixo de dias úteis arbitrado pelo Banco Central para todos os anos (252)⁶.

Ademais, quando se olha para os balanços das instituições financeiras e se atenta para o lado do passivo, isto é, para o registro das obrigações assumidas, observa-se que, em média, mais de 85% das dívidas dos bancos e outras instituições financeiras foram contratados mediante instrumentos que explicitamente contemplam cláusulas de capitalização dos juros. Lá estão, por exemplo, os depósitos de poupança, os depósitos a prazo (CDBs), os depósitos interfinanceiros (CDI), as captações no mercado aberto, as relações interfinanceiras, as obrigações por empréstimos no exterior e por repasses do exterior, os instrumentos derivativos, as provisões técni-

⁴SELIC é um acrônimo para Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, que é um sistema informatizado destinado à custódia de títulos escriturais de emissão do Tesouro Nacional e do Banco Central do Brasil, bem como ao registro e à liquidação de operações com os referidos títulos, as quais são liquidadas por seus valores brutos em tempo real. A administração do sistema e de seus módulos complementares é de competência exclusiva do Departamento de Operações de Mercado Aberto (Demab) do Banco Central do Brasil.

⁵Ver, a respeito, Resolução nº 1693 (art. 1º, inciso VI), de 26.03.90, do Conselho Monetário Nacional, Decreto nº 2.701, de 30.07.98, art. 2º, inciso IV, Comunicado nº 2.302, de 04.02.91, do Banco Central do Brasil, Circular nº 2761, de 18.06.97, do Banco Central do Brasil e Circular 3.237, 07.05.04, do Banco Central do Brasil.

⁶A Circular 2.761, de 18/06/97 estabeleceu o ano base para o cálculo das taxas de juros em 252 dias úteis.

cas de previdência privada e tantas outras formas de captações de recursos e, em todas elas, adota-se o regime dos juros compostos. Captações dos bancos não sujeitas à capitalização dos juros são exceções, das quais os depósitos à vista, com apenas cerca de 5% do total do passivo dos grandes bancos múltiplos, são o caso mais representativo.

3.3. Demanda dos investidores

Estas obrigações foram assumidas pelos bancos com cláusula de capitalização não porque as instituições financeiras assim o desejassem, mas porque esta é uma demanda inafastável dos investidores – dos provedores de recursos. Note-se que a pressão pela capitalização não é só de investidores qualificados e titulares de grandes somas de recursos, que investem em CDBs. Os juros compostos são exigidos por todos os estamentos sociais. A própria caderneta de poupança só se tornou o mais conhecido veículo de captação da economia popular depois que a capitalização foi introduzida por prazos inferiores a um ano ao longo da década de 1970. A força dessa demanda do público pela capitalização dos juros pode ser facilmente percebida quando se imagina o que aconteceria se capitalização fosse suprimida da poupança.

3.4. Proteção contra riscos

O fato de os bancos terem as suas dívidas calculadas com a adoção do regime de capitalização por prazos diários, ou quando muito mensais, força estas instituições a adotarem o mesmo regime na apuração dos seus créditos. Se elas assim não o fizessem, ficariam expostas ao risco de terem os seus balanços afetados pelo *risco de mercado* (que é a possibilidade de ocorrer uma variação no valor da moeda emprestada, da qual resulte uma desvalorização da quantia a ser recebida em pagamento futuro) e ao *risco próprio da taxa de juros* (que é a circunstância que pode surgir quando alguém toma dinheiro emprestado por certo prazo, mas, simultaneamente, empresta para outra pessoa por um prazo diferente).⁷

⁷ Em outras palavras, é o risco que os bancos correm quando há o descasamento nos vencimentos de ativos e passivos.

Um exemplo muito simples ocorre no caso das cadernetas de poupança. Quando um banco recebe depósitos numa conta de poupança, ele está assumindo o compromisso de pagar juros mensais. A contrapartida para uma instituição financeira receber essa modalidade de depósitos é fazer empréstimos que financiem a construção ou comercialização de imóveis. Esses empréstimos, no entanto, são feitos normalmente por prazos longos, de 3, 5, 10 ou até 30 anos. Nessa situação, a instituição financeira fica “descasada” em termos de prazo, pois tem obrigação de pagar juros mensais, enquanto assume o direito de receber juros fixos por prazos de anos ou décadas.

No exemplo do parágrafo anterior, o descasamento é de prazo,⁸ mas também pode ocorrer o descasamento na metodologia de cálculo, que é exatamente o que ocorreria se os bancos não adotassem juros compostos nos seus empréstimos. Em outras palavras, se as instituições financeiras não adotassem o regime de capitalização nos seus empréstimos, seus balanços ficariam “descasados”, isto é, seus créditos estariam sendo calculados por critérios diferentes daqueles aplicáveis aos seus débitos.

É verdade que os bancos poderiam tentar se proteger deste descasamento simplesmente aumentando a taxa nominal cobrada nos empréstimos, mas esta estratégia teria dois efeitos colaterais altamente negativos. Primeiro, ao deixar mais caro o crédito, reduziriam o volume de empréstimos, do que decorreria uma rentabilidade menor para seus acionistas (pois a queda do volume seria desproporcional ao aumento dos preços) e, muito mais grave, um sério prejuízo à economia nacional, que depende da expansão do crédito para o seu crescimento. Em segundo lugar, essa proteção não seria perfeita, pois o risco implícito no descasamento dos balanços não é

⁸ Quando o prazo do ativo do banco é mais longo do que o prazo do passivo – situação do financiamento imobiliário com a caderneta de poupança tratada no exemplo do parágrafo anterior – diz-se que há o risco do refinanciamento, pois pode ocorrer que a remuneração dos poupadores seja elevada, enquanto o contrato de financiamento imobiliário está em vigor a uma taxa inalterada, gerando um resultado líquido negativo na operação. Quando o prazo do passivo do banco é mais longo do que o do ativo – o que pode ocorrer, por exemplo, se o banco recebe um depósito a prazo fixo de um ano e empresta o mesmo recurso para uma empresa pelo prazo de 30 dias – diz-se que há o risco de reinvestimento, pois pode ocorrer que, ao se vencer o empréstimo de 30 dias feito para aquela empresa, o banco não consiga emprestar novamente aquele valor pela mesma taxa e tenha que fazê-lo por uma taxa menor e se esta for menor do que taxa paga ao titular do depósito, novamente surge o resultado negativo.

uma questão de o preço ser maior ou menor, mas de equilíbrio nos critérios e métodos empregados tanto nos créditos quanto nos débitos assumidos pelos intermediários financeiros.

3.5. Exigências fiscais e regras contábeis

Outro argumento que aponta para a conveniência financeira de se adotar a capitalização nos empréstimos das instituições financeiras está ligado às exigências fiscais que lhes são impostas. Todo o regime tributário promulgado pela União Federal assume que os juros são diariamente adquiridos e incorporados ao capital do credor – seja ele instituição financeira ou não.

Os arts. 373 e 374 do Regulamento do Imposto de Renda determinam que os juros *ganhos* (ou *incorridos*) pelo contribuinte são apropriáveis como receita (ou dedutíveis como despesa operacional). A linguagem da norma é clara ao reconhecer que o prazo de aquisição ou incidência dos juros pode ser menor que o prazo de pagamento.⁹ Em ambas as situações, o que a lei faz é partir da premissa de que o juro foi recebido (ou pago) pelo credor (ou devedor) e determinar que a receita (ou despesa) daí decorrente seja apropriada no próprio exercício para fins de apuração do lucro tributável.

Por semelhante modo, a adoção do regime de competência para a contabilização das receitas e despesas nas instituições financeiras também implica em se considerar os juros como adquiridos mesmo antes de serem pagos pelos devedores respectivos.

Ora, se tanto para a legislação fiscal como para os princípios e normas contábeis aplicáveis aos balanços das instituições financeiras os juros são tidos como adquiridos e não foram pagos pelo mutuário, das duas uma: ou já nasceu para o credor o direito de cobrá-los em juízo, ou se tem que interpretar que os juros foram refinanciados para ao mesmo mutuário. E, quando há a conjugação de juros vencidos e não pagos com o pacto de refinanciamento dos juros, a consequência natural é a adoção do regime de capitalização pelo mesmo prazo de aquisição dos juros.

⁹A interpretação dada pelas autoridades fiscais a esta regra é tão abrangente que chega a considerar como devidos e autorizar a sua escrituração nas demonstrações financeiras dos contribuintes até mesmo os juros incidentes sob condição suspensiva (Ato Declaratório Interpretativo da Secretaria da Receita Federal nº 22/03, art. 2º).

3.6. Prática generalizada no mercado financeiro nacional e internacional

Todas essas circunstâncias juntas fizeram com que os juros compostos fossem adotados de maneira generalizada no mercado financeiro em todo o mundo, inclusive no Brasil. A difusão quase universal desta prática é reconhecida pelo Banco Central do Brasil, por exemplo, no documento "Juros e *spread* bancário no Brasil", divulgado em outubro de 1999, onde disse:

*"No SFN e nos sistemas financeiros de todo o mundo, a prática é a capitalização dos juros, tanto na captação quanto na aplicação de recursos das instituições financeiras. Em função do disposto no artigo 192 do texto constitucional, muitos tribunais vêm dando ganho de causa a devedores que alegam a validade de dispositivo do Decreto 22.626/33 que trata da não capitalização dos juros. Por isso o BC deve propor a expressa derrogação do artigo que trata da capitalização dos juros, reforçando o entendimento já expresso na Lei 4.595/64."*¹⁰

Outra manifestação clara de que a autoridade monetária brasileira adotou a capitalização dos juros como prática regular dos mercados financeiros está no corpo da Circular nº 2.957 de 30 de dezembro de 1999, que expressamente manda calcular as taxas das operações ativas mediante a aplicação dos juros compostos. Essa prática é explicitada ainda no site do Banco Central, onde se diz:

"As informações consolidadas do sistema financeiro nacional são divulgadas para cada modalidade de crédito com a classificação por tipo de encargo e por categoria de tomador... As taxas de juros representam a média do mercado e são calculadas a partir das taxas diárias das instituições financeiras ponderadas por suas respectivas concessões em cada

¹⁰ <http://www.bcb.gov.br/ftp/juros-spread1.pdf> consultado em dezembro de 2005, p. 27. A revogação do Decreto nº 22.626/33 veio a acontecer em virtude do advento do novo Código Civil e da Lei 10.931/2005, que serão discutidos na próxima seção.

data. São divulgadas sob a formato de taxas anuais e taxas mensais. As taxas médias mensais são obtidas pelo critério de capitalização das taxas diárias ajustadas para um período padrão de 21 dias úteis...

As taxas anuais são calculadas elevando-se a média geométrica das taxas mensais a 12 (meses). Adicionalmente às informações de taxas de juros, são divulgados também os spreads médios de cada modalidade de crédito, que representam o resultado da diferença entre as taxas das operações de crédito e os custos referenciais de captação, calculados a partir da taxa dos CDB - Certificados de Depósitos Bancários, para as modalidades com prazo em torno de 30 dias, e das taxas dos contratos de swaps DI x Pré com prazos similares aos prazos médios das demais modalidades...

Esclarecimentos metodológicos adicionais podem ser obtidos na Circular nº 2.957, de 30 de dezembro de 1999 e no Comunicado nº 7.569, de 25 de maio de 2000, disponíveis no SISBACEN público e nesta homepage.¹¹

4. ARGUMENTOS JURÍDICOS A FAVOR DA CAPITALIZAÇÃO NOS EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS

4.1. Período anterior a 1933

De 1850 a 1916 o Brasil teve um regime duplo quanto à possibilidade de capitalização dos juros. Esta era admitida sem qualquer restrição nas relações de direito civil por força da lei de 1832, que liberara a cobrança de juros conforme pactuado entre as partes, mas o art. 253 do Código Comercial vedava a adoção dos juros compostos nas relações comerciais, exceto no caso de acumulação dos juros vencidos ao final de cada ano ao saldo devedor das contas correntes.

A redação deste artigo era inspirada no direito francês, onde se faz uma distinção entre a capitalização dos juros já adquiridos mas cujo prazo de pagamento ainda não venceu para o devedor, e o anatocismo, onde os juros já adquiridos e vencidos não são pagos e incorporados no saldo devedor. Na França, como em Portugal e na

¹¹ <http://www.bcb.gov.br/TTAXACREDMES>, consultado em dezembro de 2005.

Itália, a capitalização de juros adquiridos e não vencidos é admitida, mas proíbe-se a capitalização de juros adquiridos e vencidos (anatocismo).

O texto do art. 253 do Código Comercial Brasileiro de 1850 acabou sendo uma tradução mal feita do art. 1.154 do Código Civil Francês. Ao suprimir a expressão que limitava a incorporação ao capital apenas dos juros “vencidos e não pagos”, o texto brasileiro criou uma restrição geral a todas as formas de capitalização, a qual era incompatível com a prática comercial e, por isso, sempre foi interpretada como se a nossa redação fosse igual à do original francês.

Com o advento do Código Civil de 1916, a duplicidade de regimes ficou ainda mais gritante, pois o art. 1.262 admitia a capitalização explicitamente e sem qualquer ressalva. Esse diploma valia para a generalidade das relações jurídicas, exceto aquelas caracterizadas como mútuos mercantis, que continuavam subordinadas ao Código Comercial de 1850.

4.2. Período da proibição geral

O Decreto nº 22.626/1933 unificou o tratamento da matéria, assim dispondo no seu art. 4º:

“É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano”.

Este Decreto foi editado pelo ditador Getúlio Vargas com o objetivo declarado de atender os interesses da lavoura paulista, reduzindo os juros dos empréstimos concedidos aos produtores rurais, inclusive nas operações contratadas antes da sua vigência, pois o texto do decreto expressamente determinava a sua aplicação retroativa. Ao publicar esse “ato do príncipe”, que também instituiu uma moratória para os agricultores, o então Ministro da Fazenda, Oswaldo Aranha, deu entrevista ao jornal **O Globo**, e, ao ser questionado se o decreto alcançaria toda e qualquer operação de crédito, respondeu:

“Não. O objetivo do governo é auxiliar os que trabalham nos campos, pondo um fim aos exageros dos juros, que, de agora em diante, não serão mais capitalizados”¹²

Não obstante o escopo relativamente restrito do ditador ao tornar obrigatório tal decreto, sua redação era muito mais ampla e isso levou o Poder Judiciário a entender que, a partir dele, a adoção de regimes de capitalização que implicassem em juros compostos estava vedada no Brasil para “quaisquer contratos”, pois este era o campo de incidência da Lei de Usura, tal como definido no seu art. 1º. Este entendimento foi cristalizado no enunciado 121 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que diz: *“É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.”*¹³

Mais recentemente, o regime geral dos juros do Decreto nº 22.626/1933 foi substituído pelo do Código Civil de 2002, cujo art. 591 só admite a capitalização anual.

4.3. Regime jurídico aplicável às instituições financeiras após 1964

Desde 1964, no entanto, o Brasil adota um regime dúplice para o tratamento dos juros compensatórios, fazendo uma clara distinção baseada na qualidade das partes da relação contratual. Quando nenhuma delas é instituição financeira, adota-se o regime geral, hoje disciplinado no Código Civil. Entretanto, se uma parte – credora ou devedora – for instituição financeira, aplica-se a disciplina da Lei nº 4.595/1964, recorrendo-se apenas subsidiariamente o regime do Código Civil.

A compreensão desta duplicidade de regimes foi cristalizada na doutrina e jurisprudência brasileiras a partir da segunda metade da década de 1970, impulsionada pela edição do verbete nº 596 da jurisprudência predominante no STF. A decorrência natural desta duplicidade de regimes seria entender-se que a proibição da capitalização, ínsita no regime jurídico geral, não seria aplicável às insti-

¹² *O Globo*, 2ª edição do dia 7 de abril de 1933, primeira página

¹³ Decisão tomada pelo Tribunal Pleno em 16/12/1963 e publicada no SUDIN vol. 1-01 (p. 73).

tuições financeiras sujeitas ao regime especial da Lei 4.595/1964. Com efeito, na medida em que as questões relativas à capitalização dos juros entre as instituições financeiras foram chegando ao Judiciário, as primeiras decisões partiam do princípio de que o regime do Decreto nº 22.626/1993 não se aplicava às instituições financeiras e, por isso, elas estariam liberadas para cobrar juros compostos. Mas essa primeira tendência foi revertida. O próprio Supremo Tribunal Federal começou a decidir que o alcance da Súmula 596 não era tão largo a ponto de afastar a incidência – sobre as operações das instituições financeiras – do art. 4º do Decreto nº 22.626/1933, razão pela qual a capitalização dos juros somente seria admitida se houvesse lei especial dispondo sobre a matéria.¹⁴

Esta tendência foi seguida pelo Superior Tribunal de Justiça e os outros tribunais deram-lhe continuidade sem divergência relevante. Assim, passaram a adotar, em relação às instituições financeiras, um entendimento que resultava na proibição da adoção de qualquer outro regime de capitalização que não o de capitalização discreta na forma simples, exceto se:

- a) Se o contrato fosse de conta corrente e houvesse pacto de capitalização dos juros em periodicidade anual; ou
- b) Incidisse sobre a operação lei especial que permitisse a capitalização e esta fosse pactuada em cláusula expressa do contrato.

4.4. Evolução legislativa que veio a admitir a capitalização dos juros

Após a Lei nº 4.595/64 surgiram outras normas jurídicas especiais, que expressamente permitiram a aplicação da capitalização dos juros a certas operações usualmente celebradas no âmbito do Sistema Financeiro nacional.

O primeiro grupo delas diz respeito aos instrumentos jurídicos que ficaram conhecidos genericamente como Cédulas de Crédito e Notas de Crédito, que são destinados à formalização de operações de financiamento a certos ramos especiais da atividade empresari-

¹⁴ Ver os acórdãos do RE nº 90.341-1-PA (RTJ 92/1.341), do RE nº 96.875-0-RJ (julgado em 16/11/1983, publicado no DJ em 27/10/1983) e do RE nº 100.336-PE (julgado em 10/12/1984 e publicado no DJ em 24/05/85).

al, tais como as atividades rurais (art. 5º do Decreto-lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967), industrial (art 5º do Decreto-lei nº 413, de 09 de janeiro de 1969), exportação (art. 3º da Lei nº 6.313, de 16 de dezembro de 1975) e comercial (art. 5º da Lei nº 6.840, de 3 de novembro de 1980).

Em 20 de novembro de 1997 veio à luz a Lei nº 9.514, cujo artigo 5º inovou a disciplina do regime de capitalização dos juros nas operações do mercado financeiro, ao assim dispor:

“Art. 5º As operações de financiamento imobiliário em geral, no âmbito do SFI, serão livremente pactuadas pelas partes, observadas as seguintes condições essenciais:

...

III - capitalização dos juros;

...

§ 2º As operações de comercialização de imóveis, com pagamento parcelado, de arrendamento mercantil de imóveis e de financiamento imobiliário em geral poderão ser pactuadas nas mesmas condições permitidas para as entidades autorizadas a operar no SFI.¹⁵

Com isto, o ordenamento jurídico passou a admitir a capitalização de juros quando contratada nas *“operações de financiamento imobiliário em geral, no âmbito do SFI”* e nas *“operações de comercialização de imóveis, com pagamento parcelado, de arrendamento mercantil de imóveis e de financiamento imobiliário em geral”*.

Operações *“no âmbito do SFI”* são as que têm por finalidade promover o financiamento imobiliário, em geral realizadas pelas caixas econômicas, os bancos comerciais, os bancos de investimento, os bancos com carteira de crédito imobiliário, as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo e as companhias hipotecárias.¹⁶

¹⁵ Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004.

¹⁶ Art. 2º da Lei nº 9.514 de 20 de novembro de 1997.

A matéria foi objeto de evolução legislativa, com a edição da Medida Provisória nº 1.963-17, de 30 de março de 2000, cujo art. 5º assim dispôs:

“Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.”

A publicação dessa Medida Provisória causou reação por parte de alguns setores, que chegaram a ajuizar perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2316-DF, que foi originalmente distribuída ao Min. SYDNEY SANCHES como relator, e que ainda aguarda julgamento.¹⁷

Os argumentos suscitados contra esta Medida Provisória são que: a) não havia urgência para que o Presidente da República editasse a Medida Provisória; b) a inserção do art. 5º no corpo de uma Medida Provisória que dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional violaria o art. 7º da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998; c) a matéria – juros – teria que ser objeto de lei complementar e não de lei ordinária, razão pela qual não poderia ser editada Medida Provisória; d) a capitalização seria uma prática contrária à defesa do consumidor.¹⁸

Nenhum dos argumentos prospera. O Supremo Tribunal Federal já decidiu em diversas ocasiões que é da competência comum da Presidência da República e do Congresso Nacional a avaliação subjetiva da urgência da Medida Provisória, não cabendo ao Poder Judiciário se manifestar quanto à mesma.¹⁹ Logo, não há como se ter

¹⁷ O pedido para a suspensão liminar da eficácia do mencionado dispositivo nessa ADI foi levado ao exame do plenário em 03/04/2002, mas a liminar não foi concedida, porque logo após o voto do relator no sentido da concessão da liminar, pediu vista o Min. Carlos Velloso, que só veio a proferir o seu voto na sessão do Pleno do dia 14/12/2005, ao qual se seguiu pedido de vista do Min. Nelson Jobim.

¹⁸ Ver acórdão do TJRJ na Arguição de Inconstitucionalidade do processo nº 2004.017.00005, rel. Des. J. C. Murta Ribeiro, Órgão Especial, julgada em 13/12/2004.

¹⁹ Ver acórdão que negou a liminar na Medida Cautelar da ADI nº 1.516, rel. Min. Sydney Sanches, julgada pelo Tribunal Pleno em 06/03/1997 e publicada no DJ 13-08-99 9 (p. 4) e o acórdão proferido na Medida Cautelar na ADI 1397-DF, rel. Min. Carlos Velloso, julgada pelo Tribunal Pleno em 28/04/1997 e publicado no DJ em 27-06-1997 (p. 30.224).

como inconstitucional uma Medida Provisória pelo simples fundamento de que não havia urgência para a sua edição.

O segundo argumento – de que seria inconstitucional dispor a lei sobre matéria estranha ao enunciado na sua ementa – também não se sustenta. Primeiro, há jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal entendendo que a lei que veicula matéria estranha ao enunciado constante de sua ementa não ofende qualquer postulado inscrito na Constituição e nem vulnera qualquer princípio inerente ao processo legislativo.²⁰ Segundo, porque o art. 18 da própria Lei Complementar nº 95/1998 diz expressamente que *“a eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo não constitui escusa válida para o seu descumprimento”*.

Melhor sorte não tem o terceiro argumento brandido contra o art. 5º - de que haveria inconstitucionalidade porque a matéria relativa à capitalização dos juros nas operações do mercado financeiro somente poderia ser objeto de lei complementar. Embora válido o argumento de que medida provisória não pode tratar de matéria submetida pela Constituição Federal à lei complementar, não há qualquer exigência constitucional de que o assunto juros seja tratado somente por meio de lei complementar.

É verdade que o art. 192 da Constituição Federal estabelece que *“o sistema financeiro nacional... será regulado por leis complementares”*, mas isto não quer dizer que toda e qualquer matéria pertinente ao SFN só possa ser tratada via lei complementar. As leis complementares são exigidas pela constituição para cuidar da estrutura do sistema, tanto assim é que o texto da Lei Magna remete à lei complementar questões básicas, como as condições de acesso ao SFN (*“abrangendo as cooperativas de crédito”* e *“participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”*) e as finalidades da estrutura, a qual deve ser *“de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem”*.

²⁰ Ver acórdão que julgou improcedente a Medida Cautelar na ADI nº 1096-RS, julgado pelo Tribunal Pleno tendo como relator o Min. Celso de Mello, publicado no DJ em 22-09-1995 (p. 30.589).

Admitir-se que todo e qualquer detalhe das operações das instituições do SFN tenha que ser tratado por lei complementar remeteria a esta modalidade legislativa o conteúdo inteiro do direito monetário e bancário, o que seria absolutamente incompatível com o sistema da Constituição de 1988, em que as leis complementares são exigidas como exceção, e não como regra.

A matéria pertinente ao regime de capitalização das taxas de juros nas operações do SFN não diz respeito nem às condições de acesso ao sistema como um todo, nem aos seus objetivos. É procedimento técnico, jurídico, financeiro e matemático. Relevante, mas não estrutural. Por isso, não depende de lei complementar.

O quarto e último argumento contrário à constitucionalidade da Medida Provisória no 2.170-36, de 23 de agosto de 2.001, afirma que a capitalização dos juros interessaria exclusivamente às instituições financeiras em detrimento da sociedade como um todo, e uma regra como esta violaria o princípio constitucional da defesa do consumidor.

Não é verdade que a capitalização dos juros só beneficiaria os bancos. As instituições financeiras são devedoras de juros compostos em uma quantidade muito maior de operações do que credoras de empréstimos em que esta mesma metodologia seja adotada. Existem muito mais clientes que são credores de instituições financeiras com direito a receber juros capitalizados do que devedores de empréstimos de qualquer natureza. Todos os depositantes em "caderneta de poupança" têm direito a receber juros capitalizados, porque os depósitos de poupança capitalizam mensalmente os juros. Todos os titulares de Certificados de Depósito Bancário são credores de prestações pecuniárias cujos juros são capitalizados diariamente, porque esta é a fórmula adotada para o cálculo dos juros devidos nos CDBs. Todos os titulares de quotas de fundos de investimento são titulares de direitos de crédito cujo valor é estimado com base na aplicação da capitalização discreta dos juros, pois todos os fundos de investimento têm em suas carteiras de investimentos CDBs e títulos públicos, que apropriam juros capitalizados diariamente.

Os maiores operadores dos juros capitalizados no Brasil são a União Federal e o Banco Central. Todos os créditos fiscais da União, depois do vencimento, são cobrados com o acréscimo da taxa SELIC,

que adota a fórmula de capitalização por dias úteis. Por semelhante modo, parte muito expressiva da dívida pública federal está vinculada à mesma taxa SELIC. Os credores desta dívida são as dezenas de milhões de cidadãos e cidadãs que adquirem diariamente, de forma direta ou indireta, os títulos emitidos pelo Tesouro Nacional. O BACEN diariamente opera no mercado aberto, regulando a oferta de moeda no país e realiza suas operações com a adoção de fórmulas de cálculo que adotam a capitalização dos juros.

Em última análise, existem muito mais clientes beneficiados pela capitalização do que prejudicados por ela. As realidades jurídica e econômica do mercado brasileiro fazem com que seja impossível às instituições financeiras deixarem de adotar a capitalização dos juros nos seus passivos, ou seja, na remuneração dos depósitos que captam junto aos clientes e empresas em geral. O que elas não podem é ficar expostas ao risco de descasamento, de pagarem juros capitalizados e receberem juros simples. É por isso que elas insistem em cobrar da mesma forma como pagam. Afinal de contas, não é razoável que o mesmo mecanismo válido para o cliente obter rendimento (nos depósitos de poupança, nos CDBs e nos fundos), seja nocivo quando representa o custo do dinheiro devido. A rigor, não se admitir a capitalização nos créditos das instituições financeiras quando elas pagam juros capitalizados em suas dívidas seria, isto sim, uma forma de expropriação ao credor e violaria seu direito de propriedade.²¹

Deve-se afirmar, portanto, a constitucionalidade da norma que garante a legitimidade da capitalização dos juros nas operações ativas e passivas firmadas pelas instituições financeiras.

Diante da Medida Provisória nº 2.170-36, o regime jurídico das instituições financeiras quanto ao regime de capitalização dos juros passou a aceitar, a partir de 31 de março de 2000, que as instituições financeiras estipulem a adoção do regime de capitalização por qualquer período e em qualquer operação.

Como o dispositivo legal que confere esta autorização é de natureza dispositiva, a adoção do regime de capitalização exige

²¹ BARBIER, Eduardo Antonio. *Contratación bancaria. Consumidores y usuarios*. Buenos Aires: Astrea, 2000, p. 376.

estipulação contratual, a qual deverá obedecer aos princípios gerais exigidos para a validade e eficácia dos negócios jurídicos.

É importante registrar que o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar casos de contratos celebrados após março de 2000, passou a admitir expressamente a capitalização dos juros. O primeiro acórdão a tratar da matéria foi proferido pela 4ª Turma, no julgamento do Resp. nº 629.487-RS, julgado em 22/06/2004, em cuja fundamentação o relator, Min. FERNANDO GONÇALVES, afirmou:²²

“No concernente à capitalização, mister se faz, antes de mais nada, tecer algumas considerações.

Originalmente, a possibilidade de capitalização de juros, em periodicidade inferior à anual, veio a lume pelo art. 5º da Medida Provisória nº 1.963-17, publicada no D.O.U. de 31 de março de 2000. Eis a dicção do dispositivo:

‘Art. 5º. Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.’

Após algumas reedições, essa MP foi revogada, em 28 de dezembro de 2000, pela Medida Provisória nº 2.087-27, onde mantido o mesmo art. 5º, na sua redação original. Essa MP também foi reeditada e, posteriormente, revogada pela Medida Provisória nº 2.170-34, publicada no D.O.U. de 29 de junho de 2001, mantendo-se o art. 5º da mesma forma em que concebido na sua gênese. Atualmente, na sua segunda reedição, a MP 2.170-36, de 24 de agosto de 2001, mantém o art. 5º e encontra-se em vigor, em face do disposto no art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, publicada no D.O.U. de 12 de setembro de 2001, verbis:

²² O acórdão no Resp. 629.487-RS foi publicado no DJ em DJ02.08.2004 (p. 412). Outro *leading case* para a adoção deste entendimento foi o julgamento do Agravo de Instrumento no Resp. nº 602.068-RS, julgado pela Segunda Seção do STJ em 22/09/2004, mas cujo acórdão ainda não estava publicado até o encerramento desta edição. Os acórdãos que manifestavam entendimento em sentido contrário – tal como os proferidos nos julgamentos dos AgRg nos Resp. nº 598.155-RS e 609.379-RS – são anteriores à consolidação da jurisprudência decorrente do julgamento dos Resp. nº 629.487-RS e 602.068-RS.

‘Art. 2º. As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.’

Como não se tem notícia de Medida Provisória ulterior, operando revogação expressa, e muito menos de deliberação definitiva do Congresso Nacional, a única conclusão possível é no sentido de que a MP nº 2.170-36/2001, autorizando as instituições do Sistema Financeiro Nacional a realizarem capitalização de juros remuneratórios em periodicidade inferior à anual encontra-se, atualmente, em vigor.

Sendo assim, nos contratos de mútuo bancário celebrados a partir de 31 de março de 2000, data da primitiva publicação do art. 5º, incide a capitalização mensal, desde que pactuada. Por isso mantém-se o acórdão recorrido, quando assevera:

‘A capitalização de juros é admitida em periodicidade inferior a um ano nos títulos de crédito rural, industrial e comercial – diante do que dispõe a legislação a esses específica (Súmula nº 93 do STJ), e nos contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional após a Medida Provisória nº 1.963, em sua reedição de 30 de março de 2000 (atualmente reeditada sob o nº 2.170/36), situação em que se enquadra o contrato em questão. (fls.136).’ 23

4.5. Regime jurídico em vigor

O regime geral para o Sistema Financeiro Nacional, portanto, é a legitimidade da cobrança e do pagamento de juros computados

⁴¹ Para outras decisões do STJ seguindo a mesma orientação, ver AgRg Resp. nº 655.858-RS, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 18/11/2004 e publicado no DJ em 06.12.2004 (p. 309); Resp. nº 648.192-RS, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 16/11/2004 e publicado no DJ em 06.12.2004 (p. 308); AgRg no Resp. nº 565.839-RS; rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, julgado em 16/09/2004 e publicado no DJ de 11.10.2004 (p. 341); Resp. nº 694.828-RS, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, publicado no DJ em 17.12.2004; Resp. nº 693.720-RS, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, publicado no DJ em 17.12.2004; Resp. nº 691.787-RS, rel. Min. Nancy Andrighi, publicado no DJ em 17.12.2004; e Resp. nº 691.472-RS, rel. Min. Carto Filho, publicado no DJ em 17.12.2004. Ver, também, os acórdãos proferidos pelo TJRJ na Apelação Cível nº 2005.001.07290, rel. Des. Odete Knaack de Souza, 8ª Câmara Cível, julgado em 07/06/2005 e na Apelação Cível nº 2005.001.03531, rel. Des. Luiz Zweiter, 6ª Câmara Cível, julgado em 31/05/2005.

de forma composta em todas as operações de todas as instituições financeiras, nas quais houver cláusula contratual neste sentido.

A existência desse regime geral, todavia, não afasta a incidência de regimes especiais dentro do SFN, decorrentes de leis especiais. Algumas dessas leis são anteriores a 31 de março de 2000, outras posteriores, mas, independentemente da data, tanto umas quanto outras têm eficácia por força da aplicação do § 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

São exemplos dessas normas especiais sobre capitalização de juros no âmbito do Sistema Financeiro Nacional:

a) O art. 5º do Decreto-lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967, autoriza a possibilidade de capitalizar os encargos exigíveis em 30 de junho e 31 de dezembro nas operações de financiamento rural concedido pelos órgãos integrantes do sistema nacional de crédito rural formalizadas por meio das Células de Crédito Rural;

b) O art. 5º do Decreto-lei nº 413, de 09 de janeiro de 1969, ao cuidar das operações de crédito materializadas por Cédulas de Crédito Industrial ou Notas de Crédito Industrial, diz que

“as importâncias fornecidas pelo financiador vencerão juros e poderão sofrer correção monetária às taxas e aos índices que o Conselho Monetário Nacional fixar, calculados sobre os saldos devedores da conta vinculada à operação, e serão exigíveis em 30 de junho, 31 de dezembro, no vencimento, na liquidação da cédula ou, também, em outras datas convencionadas no título, ou admitidas pelo referido Conselho”,

texto que importa em admitir a capitalização dos juros – possibilidade esta, de resto, ratificada no inciso VI do art. 14 da mesma lei – mas somente no momento em que os mesmos são exigíveis, pelo que não será admissível a capitalização dos juros em períodos menores que o semestre para os créditos representados por Cédula de Crédito industrial ou Nota de Crédito Industrial;

c) O art. 3º da Lei nº 6.313, de 16 de dezembro de 1975, facultava às instituições financeiras formalizar as operações de financiamento à exportação ou à produção de bens para exportação, bem

como às atividades de apoio e complementação integrantes e fundamentais da exportação mediante a adoção de Cédula Crédito à Exportação e por Nota de Crédito à Exportação com características idênticas, respectivamente, à Cédula de Crédito Industrial e à Nota de Crédito Industrial, instituídas pelo Decreto-lei nº 413, de 9 de janeiro de 1969, razão pela qual as operações formalizadas mediante Cédula de Crédito à Exportação e a Nota de Crédito à Exportação somente poderão adotar a capitalização semestral dos juros;

d) O art. 5º da Lei nº 6.840, de 3 de novembro de 1980, manda aplicar às operações de empréstimo concedidas por instituições financeiras a pessoa física ou jurídica que se dedique a atividade comercial ou de prestação de serviços a mesma disciplina do Decreto-lei nº 413, de 9 de janeiro de 1969, razão pela qual as operações representadas por Cédula de Crédito Comercial e por Nota de Crédito Comercial poderão adotar a capitalização semestral dos juros.

e) o art. 5º da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, permite expressamente a capitalização de juros a qualquer período nos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro Imobiliário;

f) o § 1º do art. 28 da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, permite que a Cédula de Crédito Bancário estipule juros capitalizados ou não e que especifique qualquer período de capitalização.

5. ARGUMENTOS POLÍTICOS A FAVOR DA CAPITALIZAÇÃO NOS EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS

Além dos argumentos ligados à dinâmica do mercado financeiro e à estrita legalidade da capitalização dos juros cobrados nos empréstimos celebrados no Sistema Financeiro Nacional, também existe uma forte necessidade política e social para que a mesma seja mantida na vida econômica brasileira.

5.1. A capitalização é necessária para evitar entraves ainda maiores à expansão do crédito na economia nacional

Primeiro de tudo, na medida em que elimina riscos para as instituições financeiras – o risco de descasamento entre seus ativos e passivos – a capitalização contribui para a ampliação do crédito na economia. Se as instituições financeiras não pudessem se prote-

ger deste risco, a oferta de crédito seria reduzida aos clientes que tivessem condições de pagar taxas mais elevadas, e, como consequência, uma quantidade muito maior de clientes ficaria privada do acesso ao crédito, que é fundamental para o crescimento do país e melhor distribuição da riqueza nacional.

5.2. A capitalização é essencial para o equilíbrio atuarial da previdência complementar

Em segundo lugar, deve-se lembrar que há uma necessidade estrutural da sociedade para a existência de um mecanismo de previdência complementar. A capitalização é uma ferramenta essencial para a existência da previdência no país, que é um dos direitos sociais mais elementares garantidos pelo art. 6º da Constituição Federal.

A Constituição prevê a adoção do regime de capitalização no âmbito da Previdência, quando seus arts. 40 e 201 falam em regime de previdência que observe "*critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial*", pois o equilíbrio atuarial somente é economicamente factível se as aplicações dos recursos captados dos trabalhadores forem aplicados no mercado financeiro em instrumentos que paguem juros compostos.

Imagine-se a situação de uma jovem que ingressa no mercado de trabalho aos 20 anos de idade, recebendo um salário de R\$1.000,00. Ele pretende trabalhar por 35 anos e depois aposentar-se, recebendo por 15 anos uma pensão igual ao seu salário (R\$1.000,00).

Para facilitar o exemplo, assumo ainda duas outras premissas heróicas: a) que não haverá inflação ao longo de todo este período (ou que todo o valor com que ela contribuir para receber da previdência será corrigido pela mesma variação inflacionária); e, b) que a taxa de juros ao longo dos 50 anos (compreendendo todo o período de contribuição e de recebimento do benefício) será de 6%aa.

Nesta hipótese, se as contribuições desta pessoa para a previdência não forem aplicadas em investimentos que recebam juros capitalizados ela terá de pagar R\$155,00 mensais para poder constituir o fundo necessário à percepção do benefício desejado. Se, todavia, os investimentos forem destinados a aplicações no mercado financeiro que produzam juros capitalizados, bastará que a contri-

buição mensal seja de R\$ 84,00. Isto significa que, a uma taxa média anual de 6%aa, a eliminação da capitalização na economia brasileira faria com que o esforço de poupança fosse 1,85 vez maior do que com a capitalização.

Mas a premissa do exemplo do parágrafo anterior é heróica, porque nunca o Brasil teve uma taxa de juros anual média de 6%aa. Pelo menos não desde 1950. Se a taxa de juros anual for de 8% a contribuição no cenário com capitalização teria de ser de R\$ 50,00, enquanto que sem a capitalização seria de R\$ 130,00, fazendo com que o esforço de poupança na situação sem capitalização seja 2,6 vezes superior aquele que haveria com a capitalização. Na verdade, a diferença é tão maior quanto maior for a taxa de juros. Assim, se a taxa de juros média no período for de 12%aa., a diferença seria de 6 vezes e se a taxa média subisse para 15%aa. diferença falta da capitalização exigiria dos contribuintes da Previdência um esforço 11,3 vezes maior.

O exemplo mostra que, na prática, o equilíbrio atuarial buscado pela Constituição Federal só é alcançável se o mercado financeiro oferecer aos contribuintes da Previdência opções de investimento que produzam juros compostos. Com juros simples, o custo para a formação das reservas atuariais necessárias ao pagamento dos benefícios seria tão elevado que todo o sistema previdenciário se tornaria impossível.

5.3. A capitalização é necessária para a defesa dos clientes

As instituições financeiras irão oferecer ao público investimentos que rendem juros capitalizados se, e somente se, forem capazes de também cobrar juros apurados pelos mesmos critérios. O banco que pretender captar recursos pagando juros capitalizados e emprestar cobrando juros simples não sobreviverá à primeira crise de volatilidade no mercado.

E este ponto conduz a um outro argumento que se levanta contra a capitalização dos juros: ela seria ilícita porque geraria lucros excessivos para os bancos, que tratariam desigualmente poupadores e tomadores de empréstimo.

Isto é falso e só pode ser argüido por aqueles que, mesmo com toda a boa-fé e ardente senso de justiça, não dedicaram tempo suficien-

te à reflexão sobre o funcionamento dos mercados financeiros. Praticamente todos os contratos dos bancos são pagos com capitalização. Os bancos cobram juros capitalizados, mas eles também pagam juros capitalizados. A capitalização, em si, é neutra para a dinâmica de resultado das instituições financeiras. Aliás, ela é adotada exatamente para neutralizar o risco de descasamento entre ativos e passivos.

Finalmente, há quem se oponha à capitalização dos juros argüindo que ela acelera o crescimento da dívida do consumidor. Este é um fato incontestado. Por outro lado, esse crescimento só produz resultados surpreendentes se e quando há inadimplimento, pois na vigência do contrato as prestações de principal e juros já estão perfeitamente identificadas e compreendidas dentro da projeção de equilíbrio subjetivo formulada pelas partes.

No momento atual da economia brasileira existem, aproximadamente, dois investidores para cada tomador de crédito, e menos de 10% dos devedores ficam inadimplentes. Disso decorre que para cada 100 clientes selecionados aleatoriamente, a capitalização terá efeito negativo para 3 deles (aqueles que tomam dinheiro emprestado e não pagam no vencimento). Será neutra para outros 30 clientes do SFN (aqueles que tomam dinheiro emprestado e pagam no vencimento). Para outros 67 clientes – aqueles que são credores dos bancos porque neles depositaram seus recursos na forma de poupança, CDBs, fundos, planos de previdência ou quaisquer outras formas de investimento – a capitalização tem um efeito positivo.

Deste modo, se é um fato incontroverso que a capitalização faz crescer mais aceleradamente a dívida do tomador dos recursos, também é verdade que existem muito mais clientes que são beneficiados do que prejudicados por este mecanismo. Assim, o próprio fundamento da proteção do consumidor, tantas vezes alegado contra a capitalização, na verdade, funciona para justificar a manutenção desse mecanismo essencial ao equilíbrio do mercado financeiro.

Esta conclusão pode parecer surpreendente para alguns, mas é a única a que se pode chegar quando os fatos são analisados em sua complexidade e inteireza, livres dos preconceitos medievais que foram exacerbados em nossa cultura pelo populismo da ditadura do Estado Novo. ☐

A Transação Penal Brasileira

(Art. 76 da Lei nº 9.099/95): Seu Delineamento Legislativo e sua Inserção no Contexto das Resoluções Alternativas de Litígios em Matéria Penal

Alexander Araujo de Souza
*Promotor de Justiça no Rio de Janeiro. Mestre
em Direito Processual pela UERJ. Professor
de Direito Processual Penal da EMERJ.*

1. A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DOS CONFLITOS EM MATÉRIA CRIMINAL: DADOS DO DIREITO ESTRANGEIRO

Embora habitualmente utilizada no campo cível, a resolução alternativa de litígios vem se tornando uma realidade na seara penal. Com efeito, a crise que enfrentou a Justiça criminal na última quadra do século XX impôs a fuga aos modelos tradicionais. No evoluir dos sistemas jurídicos, principalmente em relação a delitos que afetam em menor escala bens jurídicos penalmente protegidos, ou mesmo em relação a infrações de potencialidade lesiva atenuada, percebeu-se que a adoção do consenso poderia tornar-se um recurso útil à resolução dos problemas que afligiam os Estados contemporâneos. Tal percepção não se consubstanciou tão-somente em

uma solução alternativa à Justiça tradicional, mas revelou uma verdadeira evolução social¹.

Em alguns países, a existência de institutos baseados no acordo de vontades dos partícipes da relação jurídico-criminal configura tradição de longa data. Em outros, experiências têm sido realizadas recentemente, algumas inovadoras, outras importadas de modelos alienígenas. Neste último caso, a importação nem sempre tem sido realizada de maneira cuidadosa ou apropriada².

Os Estados Unidos da América, em virtude de sua incontestável hegemonia político-econômica, têm exercido considerável força de atração sobre outros ordenamentos jurídicos³, principalmente no que diz respeito à adoção dos chamados *Alternative Dispute Resolution* (ADR), inclusive em matéria penal. Ressalte-se, contudo, que tal influência, por vezes excessiva, já vem encontrando certas resistências no plano doutrinário europeu⁴ e latino-americano⁵.

¹Neste sentido, confira-se a observação de JEAN-PIERRE BONART-SCHWITT: "*La médiation pénale ne représente pas une simple 'alternative à la justice', c'est un phénomène plus profond qui traduit non seulement une recombinaison des rapports entre l'État et la société civile en matière de gestion des conflits, mais aussi une évolution de notre société vers une plus grande complexité*" ("La médiation pénale en France et aux États-Unis". *Droit et Société. Recherches et Travaux* 3. Paris: L.G.D.J., 1998, p. 07). Vide ainda, a respeito do ordenamento jurídico argentino, com boa coleta de dados estatísticos, o trabalho de MARIA PAULA SOZA intitulado "Estudio sobre la factibilidad de aplicación de los sistemas de resolución alternativa de conflictos en materia penal". *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso* (Org. Gabriela Rodríguez Fernández). Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 33/54.

²Bem advertem ALBERTO M. BANDER e JORGE OBANDO que "*la discusión sobre la 'ley importada', en realidad esconde otra cuestión: se trata, antes bien, de que la recepción de la legislación extranjera se hizo con un gran descuido por las condiciones de aplicación, no tanto por las condiciones económicas y sociales – que habrían llevado a una aplicación progresiva –, sino por la falta de instituciones que la aplicarían, es decir, porque no estuvo acompañada de una profunda reforma judicial*" (De las "Repúblicas Aéreas" al Estado de Derecho. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, p. 116). Vide, ainda a este respeito, por oportunas, as considerações sempre bem lançadas por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA em "A importação de modelos jurídicos". *Temas de Direito Processual. Oitava Série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 255/266.

³Neste sentido, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. "O processo penal norte-americano e sua influência". *Temas de Direito Processual. Oitava Série*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 231. Observa ainda o autor, com propriedade: "Raro é o povo – se algum existe – que permanece imune à influência dos padrões norte-americanos. Atua esse movimento em todos os setores da vida social, e o direito não faz exceção. Até ordenamentos secularmente filiados a tradições diversas sucumbem, de modo espontâneo ou sob a pressão de realidades concretas, à correnteza assimiladora".

⁴Neste ponto, e mais de perto no que diz respeito ao ordenamento jurídico italiano, oportunas as observações de ENRICO AMODIO: "*Una sorta di anticultura della comparazione sta diffondendo nel nostro Paese lo stereotipo del 'processo all'americana' come meta obbligata nella riforma della giustizia penale. La stampa e gli altri mezzi di comunicazione di massa insistono ormai da qualche anno nel dipingere il futuro del processo penale italiano con i colori della bandiera americana, senza darsi carico di capire qual è la reale struttura del rito accusatorio messo a punto dal Parlamento con la legge 16 febbraio 1987 n. 81, che ha delegato il Governo a emanare il nuovo codice di procedura penale. E a questa suggestione non sembrano capaci di sottrarsi nemmeno alcuni operatori del diritto i quali pensano che l'abbandono del modello inquisitorio cui è improntato il codice vigente, si traduca sostanzialmente in una globale e meccanica trasposizione del sistema di giustizia d'oltre oceano nelle nostre aule giudiziarie*" (ENRICO AMODIO. "Miti e realtà della giustizia nordamericana. Il modello accusatorio statunitense e il codice di procedura penale del 1989". *Processo Penale, diritto europeo e common law*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 179/180).

⁵Na doutrina latino-americana, vide, por todos, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. "O processo penal norte-americano e sua influência". cit. p. 231/237.

Não se pode negar, contudo, que institutos como o *plea bargaining* e o *nolo contendere* encontraram naquele país solo fértil ao seu florescimento. Os motivos para tanto são diversificados: há quem sustente que isto se dá por força da inexistência de um contrapeso eficiente à extensão acentuada das garantias constitucionais⁶; existem, ainda, segundo alguns, razões menos nobres, como, por exemplo, a tendência de juízes em se livrar da sobrecarga de trabalho, ou a dos *prosecutors* em conseguir um maior número de condenações com vistas a angariar a simpatia de seu eleitorado⁷. De qualquer maneira, é intensa e notável a presença dos mencionados institutos nos Estados Unidos da América.

A propósito, no sistema processual penal norte-americano, consoante as "*Federal Rules of Criminal Procedure*" de 2004, o imputado responde à acusação por intermédio de um ato denominado *plea*, que pode consistir em uma declaração de ser ele culpado (*guilty plea*), inocente (*plea of not guilty*), ou mesmo em não contestar a acusação (*nolo contendere*)⁸. Na quase totalidade dos casos os acusados se declaram culpados, sendo pequeno o número de processos que chegam ao *trial*⁹. Tal se deve à prática bastante difundida do *plea bargaining*, consistente em uma negociação entre o *prosecutor* e a defesa do imputado, buscando-se um consenso no tocante à pena que será aplicada¹⁰. Neste caso, porém, assunção de

⁶ Neste particular, assinalou LUIS MARIA DIEZ-PICASSO: "*Hay que tener presente que el extraordinario desarrollo de dichos mecanismos alternativos (guilty plea, plea bargaining) se debe, probablemente, a la necesidad de hallar un contrapeso de eficiencia a la formidable extensión de las garantías constitucionales, como señala S. P. Freccero, A Comparative Investigation into the American Practice of Plea Bargaining and the New Italian Criminal Procedure Code, memoria de LL.M., Istituto Universitario Europeo, Florencia, 1994*" (El pode de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo. Barcelona: Ariel Derecho, 2000. p. 79).

⁷ A respeito destes últimos motivos, consulte-se JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. "La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano". *Temas de Direito Processual*. Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 234. Em outro ensaio, o mesmo autor anota: "*Un ejemplo bien conocido es el plea bargaining, que además suministra al district attorney interesado en presentarse como candidato en las próximas elecciones una oportunidad de conquistar electores mencionando en sus discursos un número de condenas penales inmensamente superior a aquél que, de no ser así, él hubiiera podido conseguir, debido a la lentitud habitual de los procesos – la cua está lejos de constituir una característica exclusiva del tercer mundo*" ("Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal". *Temas de Direito Processual*. Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 220).

⁸ Assim dispõe a *Rule 11, a, 1*: "*In General. A defendant may plead not guilty, guilty, or (whit the court's consent) nolo contendere*".

⁹ Assim, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. *La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano*. cit. p. 232.

¹⁰ Referida prática vem regulamentada na *Rule 11, c, 1*, das "*Federal Rules of Criminal Procedure*" de 2004.

culpa pode ser utilizada contra o imputado em posterior processo civil de responsabilidade pelos danos causados à vítima do crime¹¹. Já por intermédio do *nolo contendere*, que se verifica com o consentimento da Corte, a qual deve levar em conta o interesse público na efetiva administração da justiça¹², o acusado, apesar de não admitir sua culpa, sofre uma condenação, podendo contar com a benevolência do juiz na aplicação da pena¹³.

Mas, como já afirmado, o ideário da resolução alternativa de conflitos penais vem expandindo-se por diversos ordenamentos jurídicos. Em terreno europeu, por exemplo, a *médiation penale* já se tornara realidade na França por volta do ano de 1980, ainda que sem regulamentação, graças a iniciativas de membros do Ministério Público (*magistrats du Parquet*) e de responsáveis por movimentos associativos de ajuda a vítimas de crimes¹⁴. A *médiation penale*, naquele país, todavia, só veio a ser implantada legalmente por intermédio da *Loi du 4 janvier 1993*¹⁵. Na Itália, com o advento do *Codice di Procedura Penale* em 1988, criou-se o instituto da "*applicazione della pena su richiesta di parti*" (art. 444)¹⁶, também denominado *patteggiamento*, com o qual o Juiz aplica uma pena resultante de um acordado requerimento das partes, vale di-

¹¹ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. "La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano". *Temas de Direito Processual*. Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 233.

¹² Estatui a *Rule 11, a, 2* "Conditional plea. *With the consent of the court and the government, a defendant may enter a conditional plea of guilty or nolo contendere, reserving in writing the right to have an appellate court review an adverse determination of a specified pretrial motion. A defendant who prevails on appeal may then withdraw the plea*". Já a *Rule 11, a, 3*, dispõe: "Nolo contendere plea. *Before accepting a plea of nolo contendere, the court must consider the parties' views and the public interest in the effective administration of justice*".

¹³ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. "La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano". cit. p. 235.

¹⁴ Neste sentido, JEAN-PIERRE BONAFÉ-SCHMITT. "La médiation pénale en France et aux États-Unis". cit. p. 29.

¹⁵ Dispõe o *article 41 da Loi du 4 janvier 1993*: "*le procureur de la République peut enfin, préalablement à sa décision sur l'action publique et avec l'accord des parties décider de recourir à une médiation s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction et de contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction*".

¹⁶ Dispõe o art. 444 do *Codice di Procedura penale italiano*: "1. *L'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria*. 1-bis. *Sono esclusi dall'applicazione del comma 1 i procedimenti per i delitti di cui l'articolo 51, commi 3-bis e 3-quarter, nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza, o recidivi ai sensi dell'articolo 99, quarto comma, del codice penale, qualora la pena superi due anni soli o congiunti a pena pecuniaria (...)*".

zer, do imputado e do Ministério Público¹⁷. Em Portugal, o Código de Processo Penal de 1987 instituiu a *suspensão provisória do processo* (artigos 281º e 282º)¹⁸, a qual também se assenta na consensualidade¹⁹. A título ainda exemplificativo, é de se notar que a resolução alternativa de conflitos penais também foi adotada pela Espanha, no campo das infrações cometidas por menores, com a *Ley Orgánica 5/2000*²⁰.

Já na América Latina, na última década do século XX, pulularam reformas que, em grande parte, tiveram por preocupação a implantação de medidas alternativas à Justiça penal tradicional²¹. Neste particular, pôde-se constatar, de maneira genérica, a inserção, nos ordenamentos processuais penais latino-americanos: a) de

¹⁷ PAOLO TONINI. *Lineamenti di diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 339. Para um estudo detalhado acerca do *patteggiamento*, consulte-se ANDREA MONTAGNI. *Il patteggiamento della pena*. Rimini: Maggioli Editore, 2004.

¹⁸ Dispõe o artigo 281º do Código de Processo Penal português, com redação dada pela Lei nº 59/98: "*Artigo 281º Suspensão provisória do processo. 1 – Se o crime for punível com pena de prisão não superior a cinco anos ou com sanção diferente da prisão, pode o Ministério Público decidir-se, com a concordância do juiz de instrução, pela suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, se se verificarem os seguintes pressupostos: a) Concordância do arguido e do assistente; b) Ausência de antecedentes criminais do arguido; c) Não haver lugar a medida de segurança de internamento; d) Carácter diminuto da culpa; e e) Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir. 2 – São oponíveis ao arguido as seguintes injunções e regras de conduta: a) Indemnizar o lesado; b) Dar ao lesado satisfação moral adequada; c) Entregar ao Estado ou a instituições privadas de solidariedade social certa quantia; d) Não exercer determinadas profissões; e) Não frequentar certos meios ou lugares; f) Não residir em certos lugares ou regiões; g) Não acompanhar, alojar ou receber certas pessoas; h) Não ter em seu poder determinados objectos capazes de facilitar a prática de outro crime; i) qualquer outro comportamento especialmente exigível pelo caso. (...)".*

¹⁹ Como bem observa GERMANO MARQUES DA SILVA, "*a suspensão provisória do processo assenta essencialmente na busca de soluções consensuais para a protecção dos bens jurídicos penalmente tutelados e a ressocialização dos delinquentes, quando seja diminuto o grau da culpa e em concreto, seja possível atingir por meios mais benignos do que a pena criminal os fins que presidiram à incriminação, em abstracto, dos factos*" (*Curso de processo penal*. III. Lisboa: Editorial Verbo, 1994. p. 109/110).

²⁰ Dispõe o art. 19 da *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*: "*Sobresimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima. 1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe (...)*". Para maiores detalhes, na Espanha e na província da Catalunha, vide VALERIA ESTHER ZAYAT. "*El modelo catalán: un ejemplo de sistema penal abierto*". *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso* (Org. Gabriela Rodríguez Fernández). Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 193/235.

²¹ Para um excelente apanhado a respeito da introdução de medidas alternativas ao sistema penal na América Latina, vide *Las reformas procesales penales en América Latina* (Org. Julio B. J. Maier, Kai Ambos e Jan Woischnik). Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

institutos ligados ao princípio da oportunidade, tais como a “*suspensión condicional del proceso*”; b) dos denominados “*acuerdos reparatorios*”; c) do “*juicio abreviado*”²². Diante da elevada taxa de criminalidade que se observa nos países latino-americanos, e também por razões econômicas, os legisladores se viram obrigados a oferecer aos usuários do direito tais soluções alternativas²³.

Assim, a Argentina conta com a “*suspensión del proceso a prueba*” no art. 76 bis (incorporado pela *ley 24.316, art. 3º*) de seu Código Penal e com o denominado “*juicio abreviado*” no art. 431 bis (incorporado pela *ley 24.825*) do *Código Procesal Penal de la Nación*²⁴. O *Código Orgánico Procesal Penal* da Venezuela, de 1998, instituiu a *suspensión condicional del proceso* (artículos 37 a 42)²⁵, os *acuerdos reparatorios* (artículos 34 a 36)²⁶ e o *procedimiento*

²² Assim, ADRIÁN MARCISSIO. *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina* (Org. JOAC STIPPEL e ADRIÁN MARCISSIO). Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002. p. 535.

²³ Neste sentido, KAI AMBOS e FAUZI HASSAN CHOUKR. *A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Editora Método, 2001. p. 265.

²⁴ O *Código Penal* argentino, a respeito da *suspensión del juicio a prueba*, dispõe em seu art. 76 bis: “*El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba. En los casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediere de tres años. Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida del posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente. Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio. Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente. El imputado deberá abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarán decomisados en caso que recayera condena. No procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación*”. Sobre este instituto, na doutrina argentina, consulte-se Luis M. Bonetto. *La suspensión del juicio a prueba*. Buenos Aires: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1998.

²⁵ Dispõem os *artículos 37 e 38 do Código Orgánico Procesal Penal* da Venezuela: “*Artículo 37. Requisitos. En los casos en que, por la pena establecida para el delito objeto del proceso, sea procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el imputado podrá solicitar al juez de control la suspensión condicional del proceso, siempre que admita el hecho que se le atribuye*”; “*Artículo 38. Procedimiento. A los efectos del otorgamiento de la medida, el juez oír al fiscal, al imputado y a la víctima, que haya participado de cualquier manera en el proceso, y resolverá en la misma audiencia. La resolución fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el proceso. Si la solicitud es denegada, la admisión de los hechos por parte del imputado no podrá considerarse como reconocimiento de su responsabilidad*”.

²⁶ Estatui o *artículo 34 do Código Orgánico Procesal Penal* da Venezuela: “*Cuando el hecho punible recaiga sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial o cuando se trate de delitos culposos, el juez podrá, desde la fase preparatoria, aprobar acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima, verificando que quienes concurren al acuerdo hayan prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. El cumplimiento del acuerdo reparatorio extinguirá la acción penal respecto del imputado que hubiere intervenido en él. Cuando existan varios imputados o víctimas, el proceso continuará respecto de aquellos que no han concurrido al acuerdo*”.

por admisión de los hechos (artículo 376)²⁷. Já o Paraguai, por intermédio do *Código Procesal Penal*, também de 1998, regulamentou a *suspensión condicional del procedimiento* (artículos 21 a 23)²⁸, contando ainda com o *procedimiento abreviado* (artículos 420 e 421)²⁹ e com a *conciliación* (artículo 354)³⁰. O Código de Processo Penal boliviano de 1999 adotou a *suspensión condicional del proceso* (artículos 23^o a 25^o), o *procedimiento abreviado* (artículos 373^o e 374^o)³¹, e possibilitou, ainda, às partes, na audiência conclusiva, “*promover la conciliación proponiendo la reparación integral del daño*” (artículo 326^o, 8). Na Colômbia, o *Código de Procedimiento Penal* de 2000 instituiu a *sentencia anticipada* (artículo 40)³², a *conciliación*

²⁷ O artículo 376 Código Orgánico Procesal Penal da Venezuela dispõe: “En la audiencia preliminar, el imputado, admitidos los hechos objeto del proceso, podrá solicitar al tribunal la imposición inmediata de la pena. En estos casos, deberá el juez rebajar la pena aplicable al delito desde un tercio a la mitad de la pena que haya debido imponerse atendidas todas las circunstancias, tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado. Sin embargo, si se trata de delitos en los cuales haya habido violencia contra las personas, el juez sólo podrá rebajar la pena aplicable hasta en un tercio”.

²⁸ O artículo 21 do Código Procesal Penal do Paraguai dispõe: “Cuando sea posible la suspensión a prueba de la ejecución de la condena en las condiciones establecidas en el código penal, las partes podrán solicitar la suspensión condicional del procedimiento. Si el imputado presta conformidad con la suspensión y admite los hechos que se le imputan, el juez dispondrá la suspensión condicional del procedimiento, siempre que el imputado haya reparado el daño ocasionado, haya firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o demostrado su voluntad de reparación. La suspensión condicional del procedimiento no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los tribunales civiles. Cuando la solicitud sea promovida por el Ministerio Público o el querellante, deberán acreditar el consentimiento del imputado y señalar las reglas de conducta que requieran para el régimen de prueba. Esta solicitud se podrá presentar hasta el momento de la audiencia preliminar”.

²⁹ Estatui o artículo 420 do Código Procesal Penal do Paraguai: “Hasta la audiencia preliminar, se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado cuando: 1) se trate de un hecho punible que tenga prevista una pena máxima inferior a cinco años, o una sanción no privativa de libertad; 2) el imputado admita el hecho que se le atribuye y consienta la aplicación de este procedimiento; y, 3) el defensor acredite, con su firma, que el imputado ha prestado su consentimiento libremente. La existencia de coimputados no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos”.

³⁰ O artículo 354 do Código Procesal Penal do Paraguai dispõe: “(...) El juez intentará la conciliación de todas las partes proponiendo la reparación integral del daño social o particular causado”.

³¹ O artículo 373^o do Código Procesal Penal da Bolívia preceitua: “Concluida la investigación, el fiscal encargado podrá solicitar al juez de la instrucción, en su requerimiento conclusivo, que se aplique el procedimiento abreviado. Para que sea procedente deberá contar con el acuerdo del imputado y su defensor, el que deberá estar fundado en la admisión del hecho y su participación en él. En caso de oposición fundada de la víctima o que el procedimiento común permita un mejor conocimiento de los hechos, el juez podrá negar la aplicación del procedimiento abreviado. La existencia de varios imputados en un mismo procedimiento no impedirá la aplicación de estas reglas a alguno de ellos”.

³² Dispõe o artículo 41 do Código de Procedimiento Penal da Colômbia: “A partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quede ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación, el procesado podrá solicitar, por una sola vez, que se dicte sentencia anticipada. (...) El juez dosificará la pena que corresponda y sobre el monto que determine hará una disminución de una tercera (1/3) parte de ella por razón de haber aceptado el procesado su

(artículo 41)³³ e também a chamada *indemnización integral* (artículo 42)³⁴. No Chile, com a reforma do ano de 2000, que introduziu um novo *Código Procesal Penal*, adotou-se a *suspensión condicional del procedimiento* (artículos 237 a 240)³⁵ e também os *acuerdos reparatorios* (artículos 241³⁶ a 244)³⁷.

Vê-se, destarte, que o ideário da resolução alternativa de litígios em matéria penal, apesar de recente, vem se espalhando com rapidez pelos mais variados ordenamentos jurídicos. Como se poderá constatar adiante, o Brasil não ficou alheio a esta moderna tendência, inserindo e regulamentando, dentre outros, o instituto da transação penal.

responsabilidad. También se podrá dictar sentencia anticipada, cuando proferida la resolución de acusación y hasta antes de que quede ejecutoriada la providencia que fija fecha para la celebración de la audiencia pública el procesado aceptare la responsabilidad penal respecto de todos los cargos allí formulados. En este caso la rebaja será de una octava (1/8) parte de la pena. Cuando las rebajas por confesión y sentencia anticipada concurren en la etapa de instrucción, la rebaja será de las dos quintas (2/5) partes y cuando concurren en la etapa de juzgamiento, será de una quinta (1/5) parte (...)”.

³³ O artículo 41 do Código de Procedimiento Penal da Colômbia estatui: “La conciliación procede en aquellos delitos que admitan desistimiento o indemnización integral. (...) Obtenida la conciliación, el Fiscal General de la Nación o su delegado o el juez podrá suspender la actuación hasta por un término máximo de sesenta (60) días para el cumplimiento de lo acordado. No se admitirá prórroga del término para cumplir el acuerdo. Verificado el cumplimiento, se proferirá resolución inhibitoria, de preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento”.

³⁴ Dispõe o artículo 42 do Código de Procedimiento Penal da Colômbia: “Indemnización integral. En los delitos que admiten desistimiento, en los de homicidio culposo y lesiones personales culposas cuando no concurre alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del Código Penal, en los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, en los delitos contra los derechos de autor y en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico cuando la cuantía no exceda de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes, la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado (...)”.

³⁵ Dispõe o artículo 237 do Código Procesal Penal do Chile: “El fiscal, con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento. El juez podrá requerir del ministerio público los antecedentes que estimare necesarios para resolver. La suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse: a) Si la pena que pudiere imponerse al imputado, en evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad, y b) Si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito (...)”

³⁶ Já o artículo 241 do Código Procesal Penal do Chile estatui: “El imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobará, en audiencia a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. Los acuerdos reparatorios sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos (...)”.

³⁷ Como afirma MAURICIO DUCÍ J., “la regulación de estas instituciones constituye un mecanismo central para lograr que el nuevo proceso penal chileno tenga entre sus objetivos relevantes la búsqueda de soluciones satisfactorias a los conflictos sociales distintas a la respuesta punitiva tradicional” (“La suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios en el nuevo Código Procesal Penal”. Nuevo proceso penal. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 2000. p. 170).

2. A TRANSAÇÃO PENAL NO CONTEXTO DAS RESOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE LITÍGIOS EM MATÉRIA PENAL

Relativamente a esta conjuntura, o ordenamento jurídico brasileiro também tomou partido na questão e cuidou de estabelecer os seus contornos. A Constituição da República de 1988 estatuiu que a União e os Estados criariam juizados especiais competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, permitindo, nas hipóteses previstas em lei, a transação penal (art. 98, I). Somente em 1995, porém, foi editada a Lei nº 9.099/95, a qual, informada pelas concepções de Justiça consensual e de introdução de medidas despenalizadoras³⁸, regulamentou a transação penal (art. 76), estabeleceu a possibilidade da composição civil dos danos resultantes da infração criminal (art. 74) e instituiu a suspensão condicional do processo (art. 89).

No que toca mais de perto à transação penal, reservada inicialmente às chamadas infrações de menor potencial ofensivo, a resolução se mostra alternativa, não por trilhar caminho diverso do Judiciário, mas pelo fato de permitir a *consensualidade* na aplicação da pena. Com efeito, mesmo não tendo sido realizada a composição civil dos danos sofridos pelo ofendido (arts. 74 e 75 da Lei nº 9.099/95)³⁹, seja na chamada audiência preliminar (art. 72), seja na audiência de instrução e julgamento (arts. 78 a 81), participam do acordo transacional o Ministério Público, o autor da infração e seu advogado, bem como o Juiz. O primeiro analisa a presença dos requisitos legais necessários à propositura da transação penal, a qual, se efetivada, alvitrará ao autor da infração a aceitação de imposição imediata de pena restritiva de direitos ou de multa. Ao autor do fato criminoso poderá ser vantajoso aderir à proposta, pois, sem assunção de culpa⁴⁰, poderá submeter-se de imediato a uma pena

³⁸ É o que afirmam ADA PELLEGRINI GRINOVER; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO; ANTONIO SCARANEC FERNANDES; LUIZ FLAVIO GOMES. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 37/38.

³⁹ Ressalve-se, que, em se tratando de crime cuja ação seja de iniciativa privada, ou pública condicionada à representação do ofendido, a homologação da composição civil dos danos acarretará a renúncia ao direito de queixa ou representação, em conformidade com o que dispõe o art. 74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95.

⁴⁰ É assente, em doutrina, que a aceitação da proposta de transação penal pelo autor da infração não importa ter ele se declarado culpado. Neste sentido, ADA PELLEGRINI GRINOVER; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO; ANTONIO SCARANEC FERNANDES; LUIZ FLAVIO GOMES. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. cit. p.

que não importará privação de liberdade, não produzindo a condenação reincidência, tampouco surtindo efeitos civis. Com o assentimento do autor da infração e de seu defensor à proposta ministerial, o Juiz homologará o acordado por intermédio de sentença, jurisdicionando o negócio celebrado.

A transação penal, portanto, se baseia no consenso, na convergência de vontades. Interesses inicialmente antagônicos, pelo diálogo entre os interessados, pela confrontação de propósitos, resultam num acordo final⁴¹. A par da esfera consensual, a transação possibilitaria ainda, *em tese*, a diminuição dos custos a cargo do Estado com a máquina judiciária, bem como a racionalização da Justiça criminal, permitindo que os agentes encarregados da persecução criminal se dediquem melhor ao combate à criminalidade mais gravosa. Advirta-se, porém, não se contar com dados estatísticos que permitam avaliar, após quase dez anos de implantação do instituto em questão, se estas potencialidades vêm se tornando realidade⁴².

3. DELINEAMENTO LEGISLATIVO DA TRANSAÇÃO PENAL

Sem a pretensão de analisar exaustivamente todas as intrincadas questões atinentes à transação penal, selecionaram-se alguns temas relativos ao tratamento que a ela dispensou o legisla-

153; ANTONIO SCARANNE FERNANDES. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 206; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. "La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano". cit. p. 236; FAUZI HASSAN CHOURI. *Processo penal à luz da Constituição. Temas escolhidos*. São Paulo: Edipro, 1999. p. 46; JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO. *Processo penal. Sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 85. Não assim na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "(...) O acusado, ao transacionar, renuncia a alguns direitos perfeitamente disponíveis, pois, de forma livre e consciente, aceita a proposta e, *ipso facto*, a culpa" (STJ, 6ª Turma, REsp 153195/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 28.02.2000, p. 127).

⁴¹ ARTON ZANATTA, *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 47.

⁴² Vale aqui a transcrever, por sempre oportunas, as advertências de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: "*Por lo que se refiere a los resultados concretos de la innovación, no disponemos hasta este momento de datos que nos permitan una valoración correcta, y no queremos sucumbir a la tentación de un cómodo pero muy poco científico 'impresionismo': i. Es de desear que contribuyan para aclarar el asunto los estudios que se están llevando a cabo en S. Paulo y Río de Janeiro. Un día u otro podremos tal vez llegar a la conclusión de que a la transacción penal le está reservado en el funcionamiento de la justicia brasileña un papel prácticamente tan importante como el desempeñado por el plea bargaining en los Estados Unidos - ojalá sin que sea necesario imitar ciertas deformaciones...*" ("La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano". *Temas de Direito Processual*. Sétima Série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 237.

dor. Vinculam-se esses, em certa medida, à estruturação legislativa do instituto, bem como aos seus contornos ligados à Justiça consensual.

3.1. Âmbito de incidência

Inicialmente, a transação foi reservada às infrações de menor potencial ofensivo, de acordo com a conceituação trazida pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, vale dizer, às contravenções penais e aos crimes a que a lei comine pena privativa de liberdade máxima não superior ao patamar 01 (um) ano, ressalvadas as hipóteses em que seja previsto procedimento especial. Posteriormente, a Lei nº 10.259/01, dispendo acerca da instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, estatuiu no parágrafo único de seu art. 2º que se consideram “*infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa*”, sem fazer menção, ressalve-se, ao fato de os crimes contarem com procedimentos especiais. Com fundamento neste último preceito, e apesar da cláusula restritiva “*para os efeitos desta Lei*”, a doutrina⁴³ e a jurisprudência dos Tribunais Superiores⁴⁴, sobretudo à luz do princípio constitucional da isonomia,

⁴³ Neste sentido, *vide*, dentre tantos, ADA PELLEGRINI GRINOVER; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO; ANTONIO SCARANJE FERNANDES; LUIZ FLÁVIO GOMES. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. cit. p. 374; NEREU JOSÉ GIACOMOLI. “Aplicação da Lei nº. 10259/01 na justiça estadual”. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. nº 4. Porto Alegre: CEIP, setembro/dezembro 2001. p. 125/137; MARCELLUS POLASTRI LIMA. *Curso de processo penal*. V. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 334; EMERSON GARCIA. *Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 243; CLAUDIO CALO SOUSA. “A incidência da Lei nº 10.259/2001 no Juizado Especial Criminal Estadual”. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. V. 7. nº 25, 2004. p. 220/228.

⁴⁴ Assim já decidiu a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, consoante noticiado em seu Informativo: “A Turma indeferiu *habeas corpus* em que se pretendia a concessão de *sursis* processual a denunciado por crime cuja pena mínima cominada fora superior a um ano de reclusão, sob a alegação de que a Lei 10.259/2001 teria alterado os requisitos exigidos pelo art. 89 da Lei 9.099/95, para os fins do benefício da suspensão condicional do processo. Considerou-se que a Lei 10.259/2001, revogando o art. 61 da Lei 9.099/95, apenas ampliou a competência dos juizados especiais comuns para o julgamento de infrações de menor potencial ofensivo a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, não alterando o instituto da suspensão do processo prevista no mencionado art. 89, haja vista que tal dispositivo somente é aplicável aos crimes em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano” (STF, 2ª Turma, HC83.104/RJ), julgado em 21.10.2003, Rel. Min. Gilmar Mendes, Informativo do STF nº 326); No mesmo sentido vem decidindo a 5ª e a 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 10, CAPUT, DA LEI Nº 9.437/97. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. LEI Nº 10.259/01 E LEI Nº 9.099/95. TRANSAÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. I - A Lei nº 10.259/01, em seu art. 2º, parágrafo único, alterando a concepção de infração de menor potencial ofensivo, alcança o disposto no art. 61 da Lei nº 9.099/95. Assim, considerando que o delito pelo qual foi o paciente denunciado é apenado com detenção de 01 (um) a 02 (dois) anos,

passaram a considerar, de maneira predominante, que tal conceituação se estendeu ao âmbito dos Juízos Estaduais.

Todavia, no ano de 1997, o legislador já havia estendido expressamente o campo de incidência da transação penal a delitos praticados na direção de veículo automotor, determinando a sua aplicação aos crimes de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante e de participação em competição automobilística não autorizada (art. 291, parágrafo único, da Lei nº 9.503/97). Note-se, porém, que mesmo com a nova conceituação sobre infrações de menor potencial ofensivo, advinda do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.259/01, – crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa –, o delito de *embriaguez ao volante* (art. 306 da Lei nº 9.503/97) permite, *em tese*, a proposta de transação penal, embora a pena máxima a ele cominada (três anos) não se amolde àquele conceito legal. Porém, no que toca a este delito, parcela da doutrina vem entendendo ser ele inconciliável com o instituto da transação penal, por se tratar de crime de acentuada gravidade⁴⁵, posicionamento que já contou acertadamente com a adesão do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶.

ou multa, está ele inserido no rol dos crimes de menor potencial ofensivo, razão pela qual deve ser analisada pelo Ministério Público a possibilidade de oferecimento ao acusado de proposta de transação penal. (Precedentes). II - A transação penal não pode ser oferecida por essa Corte. *Writ* parcialmente concedido" (STJ, 5ª Turma, HC32.289/SP, Rel. Min. Félix Fischer, DJU de 01.07.2004, p. 232); "PROCESSUAL PENAL E PENAL. USO ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ESTORPECENTE. MENOR POTENCIAL OFENSIVO. TRANSAÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. PROPOSTA. TITULARIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. A Lei nº 10.259/01, ao definir os delitos de menor potencial ofensivo, demarcando-os em função da pena, ampliou o âmbito de aplicação do conceito para os casos em que a pena máxima não ultrapasse 2 (dois) anos, ou multa, e alcança o disposto no artigo 61, da Lei nº 9.099/95. É prerrogativa exclusiva do Ministério Público a iniciativa para a proposta de transação penal, sendo descabida, em tese, a sua realização pelo Julgador. Ordem concedida para anular todos os atos processuais desde o recebimento da denúncia, inclusive, analisando-se, previamente, a possibilidade de oferecimento de proposta de transação penal por parte do Ministério Público" (STJ, 6ª Turma, HC 33.617/SP, Rel. Min. Paulo Medina, DJU 07.06.2004, p. 285).

⁴⁵ Assim, DAMÁSIO E. DE JESUS. *Crimes de trânsito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 41; PAULO RANGEL. "A impossibilidade de transação penal nos delitos descritos nos arts. 303, 306 e 308 do Código Nacional de Trânsito (Lei nº 9.503, de 23/09/97)". *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 7, jan./jun. 1998. p. 220/221. *Em sentido contrário*, admitindo a transação penal no crime de embriaguez ao volante, embora considerando não ser tal delito de menor potencial ofensivo, LUIZ FLAVIO GOMES. "Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97). Parte criminal: Primeiras notas interpretativas". *Estudos de direito penal e processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 18; JOSÉ BARCELLOS DE SOUZA. "Aspectos processuais penais do novo Código de Trânsito". *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 10, jul./dez. 1999. p. 113; MARCELLUS POLASTRI LIMA. "Aspectos processuais dos crimes de trânsito". *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 8, jul./dez. 1998. p. 236.

⁴⁶ Decidiu a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: "RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM. LEI 10.259/01. MENOR POTENCIAL OFENSIVO. ALTERAÇÃO DO LIMITE DA PENA MÁXIMA

A Lei nº 9.605/1998, que dispôs a respeito das sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente, determinou ser aplicável a transação penal aos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, “desde que tenha havido prévia composição do dano ambiental, salvo em caso de comprovada impossibilidade” (art. 27). Neste passo, logicamente deverá o membro do Ministério Público, autor da proposta de transação penal, atentar para o fato de que alguns crimes previstos na legislação ambiental (e.g., art. 32 da Lei nº 9.605/98) têm como sujeito passivo a própria coletividade, o que impossibilitará a efetivação da composição dos danos, não podendo esta condicionar a proposta de transação penal⁴⁷.

Muito recentemente, veio a lume o chamado Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003), o qual em seu art. 94 estatuiu: “aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 04 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal”. Embora tal dispositivo legal decididamente não tenha trazido nova conceituação de infrações de menor potencial ofensivo⁴⁸, determinando apenas a aplicação do procedimento previsto na Lei nº 9.099/95, ressoaria nítida a falta de razoabilidade em permitir, naquelas hipóteses, a transação penal. Sem dúvida, a transação penal em delitos de *acentuada gravidade*

PARA DOS ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSAÇÃO PENAL. ART. 291, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.503/97. 1. Com o advento da Lei n.º 10.259/01, em obediência ao princípio da isonomia, o rol dos crimes de menor potencial ofensivo foi ampliado, porquanto o limite da pena máxima foi alterado para 02 anos. 2. Aplica-se o art. 291, parágrafo único, da Lei n.º 9.503/97 quando for cabível o instituto ao caso concreto. *In casu*, não é aplicável a transação penal, pois o crime de embriaguez ao volante não é considerado crime de menor potencial ofensivo, pois a sua pena máxima é três anos. 3. Recurso não conhecido” (STJ, 5ª Turma, REsp 356.301/GO, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 05/04/2004, p. 304).

⁴⁷ Neste sentido, MARCOS RAMAYANA BLUM DE MORAES. “A composição dos danos ambientais como requisito para a transação penal”. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. nº 17. jan./jun. 2003. p. 218.

⁴⁸ Em conformidade com o texto, MARIA LÚCIA KARAM. Juizados Especiais Criminais. A concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 248; DAMÁSIO E. DE JESUS. Juizados Especiais Criminais, ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo e Estatuto do Idoso”. Disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>. Consultado em 18.11.2003; RENATO FLAVIO MARCO. “Infração penal de menor potencial ofensivo: o artigo 94 da Lei 10.741/03 não determinou nova definição do conceito”. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/>>. Consultado em 02.07.2004; CLAUDIO CALO SOUSA. “Estatuto do Idoso, o poder investigatório do Parquet e o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo. Brevíssimas considerações”. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/>>. Consultado em 02.07.2004.

se encontra em total descompasso com o intuito do constituinte de 1988⁴⁹. Este, ao fazer inserir no texto constitucional o art. 98, I, prevendo a possibilidade de transação penal, não emitiu um cheque em branco em favor do legislador ordinário, a fim de que este regulamentasse a seu bel prazer as hipóteses de cabimento da transação. Configuraria patente contradição lógica ter o referido Diploma Legal imposto tratamento penal mais rigoroso aos crimes praticados contra os idosos e admitir, ao mesmo tempo, a transação penal⁵⁰. A cláusula “*no que couber*”, constante do referido art. 94 da Lei nº 10.741/2003, permite asseverar que o referido dispositivo pretendeu tão-somente imprimir à ação penal por crimes contra o idoso o procedimento da Lei nº 9.099/95, conferindo maior celeridade à marcha processual⁵¹.

Menos razoável ainda é a invocação do princípio da isonomia para, com base no mencionado art. 94 da Lei nº 10.741/03, admitir a ampliação genérica da conceituação das infrações de menor potencial ofensivo para os crimes punidos com pena máxima não superior a quatro anos⁵². Remarque-se, aqui, não ter o dispositivo legal em comento trazido nova conceituação de infração de menor potencial ofensivo. Não há, tampouco, situações equiparáveis que mereçam tratamento equânime: os crimes praticados contra os idosos, cuja pena máxima não ultrapasse quatro anos, são de considerável gravidade, o que réfoge à potencialidade atenuada a que se referiu o art. 98, I da Constituição da República.

⁴⁹ Pondera DAMÁSIO E. DE JESUS, referindo-se aos delitos de trânsito, “permitir a transação penal em fatos criminosos graves, em que o episódio pode terminar até com uma simples multa, não cremos que estivesse nas pretensões do legislador. Essa ampliação do rol dos delitos de menor potencial ofensivo é, na palavra de René Ariel Dotti, inconstitucional, uma vez que o legislador da Carta Magna não propôs a renúncia do magistério punitivo a infrações que ofendem duramente determinados bens jurídicos que pretende proteger” (Crimes de trânsito. cit. p. 44).

⁵⁰ DAMÁSIO E. DE JESUS. “Juizados Especiais Criminais, ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo e Estatuto do Idoso”. Disponível em: <http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>. Consultado em 18/11/2003. No mesmo sentido, RENATO FLÁVIO MARÇAO. “Infração penal de menor potencial ofensivo: o artigo 94 da Lei 10.741/03 não determinou nova definição do conceito”. Disponível em <<http://www.amperj.org.br/>>. Consultado em 02.07.2004.

⁵¹ Assim, MARIA LÚCIA KARAM. Juizados Especiais Criminais. A concretização antecipada do poder de punir, cit. p. 249; DAMÁSIO E. DE JESUS. “Juizados Especiais Criminais, ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo e Estatuto do Idoso”. Disponível em: <http://www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>. Consultado em 18/11/2003.

⁵² Com este entendimento, que não nos parece correto, ALEXANDRE COUTO JOFFERT. “Ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo e Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso)”. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/artigos>>. Consultado em 02.07.2004.

Sob outro aspecto, apesar de o legislador, no art. 76, *caput*, da Lei nº 9.099/95, ter-se referido aos crimes de *ação penal pública incondicionada*, muito ainda se questiona acerca da possibilidade da transação penal nos delitos cuja ação seja privativa do ofendido. Argumenta-se, com propriedade, ser o instituto da transação penal incompatível com a ação de iniciativa privada⁵³, pois neste âmbito outras possibilidades há de despenalização ligadas ao princípio da oportunidade (v. g., a renúncia e a decadência do direito de queixa) ou ao princípio da disponibilidade (e. g., o perdão aceito e a perempção). Em sede jurisprudencial, todavia, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo, sem maiores considerações, ser possível a transação penal em ações de iniciativa privada⁵⁴. Mesmo não comungando deste entendimento, aceitável fosse a transação em querelas privadas, não seria o Ministério Público o responsável pela efetivação da proposta, mas sim, o querelante. Sim, pois a este foi transferido o *ius persecuendi in iudicio*, cabendo-lhe, se assim entender, abdicar do seu direito ao processo⁵⁵. Acrescente-se, neste passo, que não seria legítimo ao *Parquet* empecer o desiderato do querelante em continuar com a ação por ele exercida, com vistas à consecução da condenação e, portanto, de título executável no juízo cível.

Cabe ressaltar, finalmente, encontrar-se a transação penal excluída do âmbito da Justiça Militar, por força do art. 90-A⁵⁶, acrescentado à Lei nº 9.099/95 pela Lei nº 9.839, de 27 de setembro de 1999. Portanto, *a partir da entrada em vigor desta Lei*, seja na Justiça Militar Federal, seja nas Justiças Militares dos Estados-membros, não

⁵³ De acordo com o texto, DAMASIO E. DE JESUS. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 78; JULIO FABRINI MIRABETE. *Juizados Especiais Criminais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 137/138; ARTON ZANATTA. *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*. cit. p. 109; MARCELLUS POLASTRI LIMA. *Novas leis criminais especiais comentadas por artigos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 63/64; ROMEU DE ALMEIDA SALES JUNIOR. *Inquérito policial e ação penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 375.

⁵⁴ Confira-se a ementa do seguinte acórdão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Lei nº 9.099/95 aplica-se aos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada. Recurso provido para anular o feito desde o recebimento da queixa-crime, a fim de que seja observado o procedimento da Lei nº 9.099/95" (STJ, 5ª Turma, RHC/480/SP, Rel.Min. Gilson Dipp, DJU de 22.11.1999, p. 164).

⁵⁵ Admitindo a transação penal em ações de iniciativa privada, vide ANTONIO SCARANZE FERNANDES. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 211.

⁵⁶ Dispõe o referido art. 90-A da Lei nº 9.099/95: "As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar".

será possível a adoção de conceituação de infração de menor potencial ofensivo, tampouco formulação de proposta de transação penal⁵⁷.

3.2. Natureza jurídica da transação penal

Antes de adentrar no tratamento dispensado pelo legislador ao instituto da transação (art. 76 da Lei nº 9.099/95), cumpre tecer algumas considerações que tocam diretamente com a teoria geral do processo. A primeira delas se refere à natureza jurídica da transação penal. Diversas opiniões já vieram a lume a respeito do tema, sem que haja, até os dias atuais, uma que prevaleça sobre as demais. Alguns doutrinadores asseveram cuidar-se de verdadeiro direito subjetivo público do infrator⁵⁸. Outros asseveram tratar-se de simples *medida despenalizadora*, pois aquele que cometeu a infração de menor potencial ofensivo aceita a aplicação de pena menos grave⁵⁹. Sustenta-se também ser a proposta de transação penal uma faculdade discricionária do Ministério Público, a qual se submete

⁵⁷ Ressalve-se, contudo, que o Supremo Tribunal Federal, anteriormente ao advento da Lei nº 9.839, de 27 de setembro de 1999, entendia aplicável à Justiça Militar as medidas despenalizadoras introduzidas pela Lei nº 9.099/95. Todavia, com a entrada em vigor da Lei nº 9.839/99, passou aquela Corte a decidir que este último Diploma Legal somente se aplica aos fatos criminosos praticados posteriormente à sua entrada em vigor. Confirma-se consoante a seguinte transcrição: "1. A jurisprudência deste Tribunal entendeu aplicável à Justiça Militar as disposições da Lei nº 9.099/95 e, assim, a necessidade de representação, no caso de lesão leve ou culposa (artigos 88 e 91), e a possibilidade de concessão da suspensão condicional do processo, quando a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano. Entretanto, esta orientação jurisprudencial ficou superada com o advento da Lei nº 9.839/99, que afastou a incidência da Lei nº 9.099/95 do âmbito da Justiça Militar. 2. Fatos ocorridos em 1998, portanto, na vigência da Lei nº 9.099/95 e antes do advento da Lei nº 9.839/99. 3. Conflito de leis no tempo que se resolve à luz do que dispõe o artigo 5º, XL, da Constituição (a lei penal não retroagirá, senão para beneficiar o réu), ou seja, sendo a nova disposição *lex gravior*, não pode alcançar fatos pretéritos, que continuam regidos pelo regramento anterior (*lex mitior*). Esse assento constitucional afasta, no caso, a incidência do artigo 2º do CPP, que prevê a incidência imediata da lei processual nova (...)" (STF, 2ª Turma, HC79.988/PR, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 28/04/2000, p. 74); "Este Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, não obstante a entrada em vigor da Lei nº 9.839, de 27.09.1999, que colocou o processo penal militar a salvo das regras da Lei nº 9.099/95, esta continuou a regular os processos relativos a fatos ocorridos anteriormente à vigência daquele primeiro diploma (HC nº 81.302, Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.12.2001 e HC nº 80.573, Min. Nelson Jobim, DJ 14.06.2002)" (STF, 1ª Turma, Rel., Min. Ellen Gracie, DJU de 19.11.2002, p. 92).

⁵⁸ Neste sentido, vide WEBER MARTINS BATISTA. Juizados Especiais Cíveis e Criminais e suspensão condicional do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 322; PAULO RANGEL. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 149.

⁵⁹ Neste sentido, dentre outros, DAMÁSIO E. DE JESUS. Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 75; ADA PELLEGRINI GRINOVER; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO; ANTONIO SCARANCE FERNANDES; LUIZ FLAVIO GOMES. Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. cit. p. 46; ROMELU DE ALMEIDA SALLES JUNIOR. Inquérito policial e ação penal. cit. p. 374.

aos ditames legais⁶⁰. Há finalmente quem encare o instituto como *ato de jurisdição voluntária*, havendo verdadeiro negócio jurídico bilateral entre o autor do fato e o *Parquet*, condicionado, todavia, à chancela judicial, onde *não* se faria presente o exercício de atividade estritamente *jurisdicional*⁶¹.

Com as devidas vênias, o entendimento preferível, e que parece guardar maior coerência com a técnica processual penal, assevera cuidar-se a transação penal de uma espécie de exercício de ação penal⁶², na qual o Ministério Público imputaria ao autor da infração de menor potencial ofensivo uma conduta revestida de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, além de formular um pedido de condenação às penas restritiva de direitos ou multa. Assim agindo, o órgão do *Parquet*, de maneira privativa, estaria deduzindo a pretensão punitiva. O próprio legislador utilizou a expressão "*não sendo caso de arquivamento*" (art. 76, *caput*, da Lei nº 9.099/76), a demonstrar deverem fazer-se presentes as *condições para o regular exercício do direito de ação*, a fim de que seja ofertada a proposta de transação penal.

3.3. O Ministério Público e a iniciativa da proposta

Um outro questionamento umbilicalmente ligado ao anterior diz respeito a ser, ou não, a iniciativa da proposta de transação penal exclusiva do Ministério Público. Como conseqüência a esta indagação surge uma outra: poderia o Juiz *ex officio* realizar a pro-

⁶⁰ Assim, MARINO PAZZAGUINI FELHO; ALEXANDRE DE MORAES; GIANNPAOLO POGGIO SMANIO; LUIZ FERNANDO VAGGIONE. *Juizados Especiais Criminais. Aspectos práticos da Lei nº 9.099/95*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 49; FERNANDO CAPEZ. *Curso de processo penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 568.

⁶¹ Com este respeitável posicionamento, ROGÉRIO PAOLETECO ALVES. "A transação penal como ato da denominada jurisdição voluntária". *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 11. p. jan./jun. 2000. 242/243.

⁶² Assim, AFRANIO SILVA JARDIM. *Direito Processual Penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 351: "Achamos até, dentro dessa perspectiva mais sistemática, que, ao propor a *transação penal*, o Ministério Público, de certa maneira, está exercitando um tipo de ação diferente. Porque, quando propõe a *transação penal*, ele tem de fazer uma imputação. Tem de atribuir ao autor do fato, para usar a expressão da lei, ao réu, uma conduta; fazer um juízo de tipicidade, até para saber se é uma infração de menor potencial ofensivo e tem de sugerir a aplicação de uma pena. De certa forma, é uma ação penal". No mesmo sentido, MARIA LÚCIA KARAM. *Juizados Especiais Criminais. A concretização antecipada do poder de punir*. cit. p. 87; AIRTON ZANATTA. *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*. cit. p. 107; HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO. *A introdução do instituto da transação penal no direito brasileiro e as questões daí decorrentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 35; ANDRÉ LUIZ NICOLINI. *Juizados Especiais Criminais. Temas controvertidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 18.

posta de transação penal? As possíveis respostas se vinculam, em certa medida, ao entendimento acerca da natureza do referido instituto. Por exemplo, os que sustentam cuidar-se a transação penal de *direito subjetivo* do autor do fato, entendem possível ao Juiz efetivar a proposta, por sua própria iniciativa ou instado pela defesa, quando não o fizesse o Ministério Público⁶³.

Não obstante, vem se firmando o entendimento, que parece correto, no sentido de somente o Ministério Público ostentar a titularidade privativa da propositura da transação penal⁶⁴, sendo uma faculdade sua, em virtude de ser o *dominus litis* da ação penal pública. Aliás, o próprio art. 76 da Lei nº 9.099/95, em sua redação, somente se refere ao Ministério Público, o qual "*poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta*". Não cabe ao Juiz, destarte, propor ao autor do fato o benefício, sob pena de afronta ao sistema acusatório e ao princípio da inércia jurisdicional. Neste passo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, com aplausos de parcela da doutrina⁶⁵, vêm decidindo que o Juiz, discordando do não-oferecimento da proposta de transação pelo Ministério Público, deve remeter os autos ao Procurador-Geral, aplicando o artigo 28 do Código de Processo Penal por analogia⁶⁶.

Questionamento interessante, neste ponto, consistiria em saber se à vítima seria possível habilitar-se como assistente nos termos

⁶³ Assim, WEBER MARTINS BATISTA. Juizados Especiais Cíveis e Criminais e suspensão condicional do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 322; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO. Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais. São Paulo: Editora Saraiva, 2000. p. 96.

⁶⁴ No sentido do texto, ARTON ZANATTA. A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 103; EMERSON GARCIA. Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico. cit. p. 243.

⁶⁵ Assim, v. g., FERNANDO CAPEZ. Curso de processo penal. cit. p. 570.

⁶⁶ Confira-se, nesta linha, a seguinte ementa de acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça: "(...) 2. É vedado ao Juiz oferecer a proposta de transação penal ex officio ou a requerimento da parte, uma vez que tal prerrogativa é exclusiva do Ministério Público. Precedentes. 3. Havendo divergência entre Juiz e Ministério Público acerca do oferecimento da benesse legal, os autos devem ser encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça, por analogia ao disposto no art. 28 do CPP" (STJ), 5ª Turma, REsp 556898/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 15.12.2003, p. 329). Em julgado noticiado no Informativo nº 250 do Supremo Tribunal Federal, esta Corte reafirmou competir "*exclusivamente ao Ministério Público, titular da ação penal pública, a iniciativa para propor a transação penal prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95*" (STF, 2ª Turma, RE 296.185/RS, Rel. Min. SÉRI da Silveira, julgado em 20.11.2001).

do art. 268 do Código de Processo Penal, e, por conseguinte, intervir de alguma maneira no acordo proposto pelo Ministério Público. Encarando a transação penal como uma espécie de ação penal de natureza pública, como já afirmado, poder-se-ia vislumbrar possível a habilitação do ofendido como assistente, nos termos do art. 268 do Código de Processo Penal, apenas para coadjuvar a atuação ministerial. Mas isto nada lhe acrescentaria sob o ponto de vista do *interesse prático*, uma vez que não poderia opor qualquer interferência no acordo transacional, pois o legislador, nos §§ 4º e 5º do art. 76 da Lei nº 9.099/95, considerou expressamente apenas a vontade do Ministério Público (o titular do exercício do direito de ação penal pública) e a do autor do fato⁶⁷. Tampouco haveria interesse do ofendido em interpor, nos termos do art. 598 do Código de Processo Penal, recurso de apelação em face da decisão homologatória da transação penal⁶⁸. Diante disto, soa como melhor o entendimento que não admite a habilitação do ofendido como assistente em sede de transação penal⁶⁹.

3.4. Condições para o oferecimento da proposta de transação

Em primeiro lugar, condiciona-se a propositura da transação penal pelo *Parquet* ao fato de não ser caso de arquivamento do termo circunstanciado (Lei nº 9.099/95, art. 76, *caput*). Portanto, devem estar presentes as condições para o regular exercício do direito de ação, dentre as quais a chamada *justa causa*⁷⁰. Somente assim, vale dizer, havendo um mínimo de elementos que atestem ter o agente praticado uma infração de menor potencial ofensivo, poderá o Ministério Público exercer tal mister.

Depende ainda a proposta de transação penal de não ter sido o autor do fato condenado, pela prática de *crime*, à *pena privativa*

⁶⁷ Neste sentido, ADA PELLEGRINI GRINOVER; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO; ANTONIO SCARANCA FERNANDES; LUIZ FLAVIO GOMES. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. cit. p. 154.

⁶⁸ Assim, JULIO FABBRINI MIRABETE. *Juizados Especiais Criminais*. cit. p. 160.

⁶⁹ Inadmitindo a assistência em sede de transação penal, JULIO FABBRINI MIRABETE. *Juizados Especiais Criminais*. cit. p. 160.

⁷⁰ AFRANIO SILVA JARDIM. *Direito Processual Penal*. cit. p. 349; AIRTON ZANATTA. *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*. cit. p. 107.

de liberdade, por *sentença definitiva* (Lei nº 9.099/95, art. 76, § 2º, I). Destarte, uma condenação, mesmo definitiva, mas relativa a uma contravenção penal, ou mesmo a um crime na qual tenha sido imposta a pena de multa, não impedirão a efetivação da propositura da transação penal⁷¹.

Um terceiro condicionamento diz respeito a não ter sido o autor do fato beneficiado anteriormente, pelo prazo de *cinco anos*, por outra transação penal (Lei nº 9.099/95, art. 76, § 2º, II). Tal prazo encontra paralelo no art. 64, I, do Código Penal, o qual determina não prevalecer condenação anterior, para efeito de reincidência, "*se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos*". A condição em análise visa a impedir a impunidade de infratores renitentes, que se já tenham beneficiado de aceitações anteriores de propostas de transação penal.

Finalmente, condiciona-se a proposta ao fato de indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do autor da infração, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida (Lei nº 9.099/95, art. 76, § 2º, III). São estes últimos os chamados requisitos de índole *subjetiva*, os quais, advirta-se, constam de fórmula aberta, de modo a possibilitar ao Ministério Público se esquivar da efetivação da proposta. Caso isto venha a ocorrer, caberá, então, ao Juiz examinar os fundamentos da recusa ministerial⁷² (que sempre deverá ser fundamentada)⁷³, aplicando, caso haja discordância, o art. 28 do Código de Processo Penal por analogia.

3.5. A aceitação da proposta

Na órbita da consensualidade, à proposta efetivada pelo Ministério Público poderá aquiescer, ou não, o autor da infração penal.

⁷¹ Em sentido aproximado ao do texto, MARCELLUS POLASTRI LIMA. *Novas leis criminais especiais comentadas por artigos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 69.

⁷² ADA PELLEGRINI GRINOVER; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO; ANTONIO SCARANEC FERNANDES; LUIZ FLÁVIO GOMES. *Juízados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. cit. p. 152.

⁷³ A necessidade de fundamentação da recusa decorre do disposto no art. 43, III, da Lei nº 8.625/93: "*São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei: indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal*".

Caso este não venha a aceitar a proposta efetivada pelo Ministério Público na audiência preliminar (art. 72), ou mesmo no início da audiência de instrução e julgamento (art. 79), a denúncia será oferecida, no primeiro caso (art. 77), passando-se ao juízo sobre a admissibilidade da acusação, na última hipótese (art. 81). Poderá o infrator, ao contrário, aderir à propositura ministerial. Se assim o fizer, o art. 76, § 3º, da Lei nº 9.099/95, faz depender a homologação judicial da proposta de transação penal da aceitação “*pelo autor da infração e seu defensor*”, tendo o legislador exigido o mesmo no tocante à aceitação do benefício da suspensão condicional do processo (art. 89, § 1º, da Lei nº 9.099/95). O assentimento, portanto, deverá ser dúplice: do autor da infração e de seu acusado. Diante desta assertiva, salta aos olhos uma indagação: no caso de divergência de vontades entre a defesa técnica e o autor do fato criminoso, quanto à anuência ao acordo proposto, qual daquelas deve prevalecer?

Em temáticas outras, como por exemplo no tocante à interposição de recursos, vem se afirmando, com inteira propriedade, deva prevalecer a vontade da defesa técnica, quando esta externe pretensão recursal e o acusado deseje não se utilizar da via recursal⁷⁴. Não obstante, em sede de Justiça consensual, parece correto o entendimento de que, na hipótese de colidência de vontades quanto à aquiescência à proposta de transação penal, deve prevalecer a vontade do autor da infração⁷⁵. Sim, pois, só a este caberá a última palavra no tocante à preferência pela imediata submissão à pena restritiva de direitos ou à multa. Por outro lado, a aceitação da proposta de transação penal pelo autor da infração lhe acarretará uma série de conseqüências que necessitam ser esclarecidas, tais como a de não

⁷⁴ Precisa, neste particular, a pena ilustre de SERGIO DIMORO HAMILTON: “Portanto, sempre que não for possível obter-se a desejável interação da autodefesa com a defesa técnica em matéria de interposição do apelo, há que prevalecer o caminho traçado pelo *expert* em favor do recurso, sem dúvida mais benéfico ao réu, bem como por atender ele, dentro da melhor técnica, aos princípios que tutelam o direito de defesa no campo da lei processual penal e, principalmente, perante a Constituição Federal” (“O apelo contra a vontade do réu”. *Temas de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 128).

⁷⁵ Neste sentido, ADA PELLEGRINI GRINOVER; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO; ANTONIO SCARANCA FERNANDES; LUIZ FLÁVIO GOMES. *Juízados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. cit. p. 153. *Contra*, sustentando ser necessária sempre a aceitação dúplice, do autor da infração e da defesa técnica, JULIO FABRINI MIRABETE. *Juízados Especiais Criminais*. cit. p. 147.

importar aceitação de culpa, a de não gerar efeitos civis ou mesmo a impossibilidade de se obter nova transação nos próximos cinco anos⁷⁶. Neste passo, a defesa técnica é indispensável, ainda que sua vontade não se ajuste à do autor do fato criminoso. Assim, pode-se afirmar prevalente a vontade do autor da infração, na hipótese de divergir de seu defensor no tocante à aceitação do acordo, desde que conte com o suporte da defesa técnica.

Portanto, também no âmbito da consensualidade, a defesa técnica se mostra fundamental, seja para esclarecer as conseqüências que suportará o autor do fato ao aceitar a proposta de transação penal (ou mesmo as condições a que se submeterá o acusado, na suspensão condicional do processo), seja ainda evitando que os acordos se convertam em imposições estatais.

3.6. A homologação do acordo

Outro enfoque ligado à teoria geral do processo diz respeito à natureza da sentença homologatória da transação penal. A literatura jurídica, em sua maioria, afirma possuir natureza *condenatória*, consubstanciando verdadeira sentença de mérito, com possibilidade de *adquirir autoridade de coisa julgada material*. Este entendimento vem sendo sustentado por diversos doutrinadores⁷⁷ e acolhido, em sede jurisprudencial, pelo Superior Tribunal de Justiça⁷⁸.

Sem dúvidas, o Juiz, a despeito de referendar o acordado, *condena* o infrator. Contudo, a essência condenatória da decisão assume caráter especial, pois *não importará reincidência* (excepcionando assim a regra do art. 63 do Código Penal), tampouco constará de

⁷⁶ De acordo, BERENICE MARIA GIANNELLA. *Assistência jurídica no processo penal. Garantia para a efetividade do direito de defesa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 190.

⁷⁷ Assim, dentre muitos, AFRANIO SILVA JARDIM. *Direito Processual Penal*. cit. p. 351; JULIO FABBRINI MIRABETE. *Juizados Especiais Criminais*. cit. p. 152; MARCELLUS POLASTRI LIMA. *Novas leis criminais especiais comentadas por artigos*. cit. p. 72; MARINO PAZZAGLINI FILHO; ALEXANDRE DE MORAES; GIAMPAOLO POGGIO SMANIO; LUIZ FERNANDO VAGGIONE. *Juizados Especiais Criminais. Aspectos práticos da Lei nº 9.099/95*. cit. p. 59; MARIA LÚCIA KARAM. *Juizados Especiais Criminais. A concretização antecipada do poder de punir*. cit. p. 98/99; HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO. *A introdução do instituto da transação penal no direito brasileiro e as questões daí decorrentes*. cit. p. 35; GERALDO PRADO. *Sistema acusatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 240. Em sentido contrário, LUIS WANDERLEY GAZOTO. *O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública*. São Paulo: Manole, 2003. p. 129.

⁷⁸ "A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal" (STJ, 6ª Turma, REsp 203583/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 11.12.2000, p. 247).

certidão de antecedentes criminais, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos (art. 76, §§ 4º e 6º, da Lei nº 9.099/95). Outra peculiaridade é o fato de não gerar efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo Cível (art. 76, § 6º, da Lei nº 9.099/95), o que faz exceção à regra constante do art. 63 do Código de Processo Penal. Não consubstancia, assim, a sentença condenatória relativa à transação penal, título executivo judicial apto a ser executado no juízo cível nos termos do art. 584, II, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, o que não tem merecido a consideração da doutrina é o fato de, por ser considerada *condenatória*, a referida sentença acarretar a *interrupção do curso do prazo prescricional*, nos termos do que dispõe o art. 117, IV, do Código Penal.

Homologado o acordo por intermédio de sentença, esta desafiará o recurso de apelação, consoante a previsão do § 5º do art. 76 da Lei nº 9.099/95. Não assim, porém, a decisão que recusa a homologação consentida entre o Ministério Público e o autor do fato, a qual não poderá ser impugnada pelo recurso de apelação, seja por falta de previsão no mencionado art. 76, § 5º, seja por não se cuidar de “decisão definitiva ou com força de definitiva”, consoante disposto no art. 593, II, do Código de Processo Penal⁷⁹. Apesar de interlocutória a decisão, tampouco será manejável em face desta o recurso em sentido estrito, por não se adequar às hipóteses elencadas no art. 581 do Código de Processo Penal. Restará ao interessado, nesta hipótese, socorrer-se do mandado de segurança contra o ato jurisdicional que não homologou a transação, ou mesmo impetrar *habeas corpus*⁸⁰. Poder-se-ia vislumbrar ainda a admissão da correição parcial ou reclamação, quando tais medidas forem previstas na legislação estadual⁸¹. De qualquer maneira, em relação à

⁷⁹ *Contra*, admitindo nesta hipótese o recurso de apelação, JULIO FABBRINI MIRABETE. *Juizados Especiais Criminais*. cit. p. 154/155.

⁸⁰ De acordo, ADA PELLEGRINI GRINOVER; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO; ANTONIO SCARANCE FERNANDES; LUIZ FLÁVIO GOMES. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. cit. p. 161/162.

⁸¹ Assim, JULIO FABBRINI MIRABETE. *Juizados Especiais Criminais*. cit. p. 155; ADA PELLEGRINI GRINOVER; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO; ANTONIO SCARANCE FERNANDES; LUIZ FLÁVIO GOMES. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. cit. p. 162.

decisão homologatória, uma vez preclusas as vias recursais, sem que qualquer das partes tenha interposto o recurso mencionado, ou ainda se inadmitido definitivamente aquele porventura interposto, ter-se-á a formação de autoridade de coisa julgada material, não sendo possível revogação ulterior do acordo homologado⁸². Cuidando-se, como já afirmado, de sentença condenatória, vislumbra-se possível ao autor do fato ajuizar a revisão criminal, se presente qualquer das hipóteses do art. 621 do Código de Processo Penal, com vistas a rescindir o acordo trânsito em julgado.

3.7. O descumprimento do acordo homologado

Aceita e homologada a proposta de transação penal, que impõe ao autor da infração uma pena de multa ou restritiva de direitos, fica aquele com o dever processual de cumprir o acordado. Se o infrator não efetivar o pagamento da sanção pecuniária acordada, não poderá esta ser convertida em pena privativa de liberdade. Isto por força da redação dada ao art. 51 do Código Penal pela Lei nº 9.268/1996, que converteu a pena de multa em dívida de valor, “*aplicando-se-lhe as normas da legislação relativas à dívida ativa da Fazenda Pública*”⁸³. Encontra-se, por conseguinte, derogado o art. 85 da Lei nº 9.099/1995⁸⁴, sendo ainda impossível a conversão da pena de multa pena em restritiva de direitos⁸⁵. Caberá tão-somente a promoção da execução fiscal por parte da Fazenda Pública.

⁸² No sentido do texto, JULIO FABERINI MIRABETE. *Juizados Especiais Criminais*. cit. p. 178: “Homologada a transação e transitada em julgado a decisão, não é possível a revogação, quando esta foi aceita livremente pelo acusado, sem irregularidade ou vício de consentimento”.

⁸³ Decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “*Se o réu não paga a multa aplicada em virtude da transação penal, esta deve ser cobrada em execução penal, nos moldes do art. 51 do Código Penal, não sendo admissível o oferecimento de denúncia*” (STJ, 5ª Turma, REsp 222061/SP, Rel. Min. Félix Fischer, DJU de 20.08.01, p. 512); “*Criminal. HC. NULIDADE. Lei 9.099/95. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO E HOMOLOGADO EM TRANSAÇÃO PENAL. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. COISA JULGADA MATERIAL E FORMAL. EXECUÇÃO DA MULTA PELAS VIAS PRÓPRIAS. RECURSO PROVIDO I - A sentença homologatória da transação penal, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95, tem natureza condenatória e gera eficácia de coisa julgada material e formal, obstando a instauração de ação penal contra o autor do fato, se descumprido o acordo homologado. II - No caso de descumprimento da pena de multa, conjuga-se o art. 85 da Lei nº 9.099/95 e o 51 do CP, com a nova redação dada pela Lei nº 9.286/96, com a inscrição da pena não paga em dívida ativa da União para ser executada. III - Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal” (STJ, 5ª Turma, HC33487/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 01.07.2004, p. 237).*

⁸⁴ Assim, JULIO FABERINI MIRABETE. *Juizados Especiais Criminais*. cit. p. 164.

⁸⁵ Neste sentido, ADA PELLEGRINI GRINOVER; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO; ANTONIO SCARANEC FERNANDES; LUIZ FLÁVIO GOMES. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. cit. p. 204.

Questão que carece de maior cuidado diz respeito ao descumprimento da penalidade restritiva de direitos imposta na sentença que homologou a transação penal. Seria possível a conversão daquela sanção em pena privativa de liberdade, na hipótese de descumprimento? Não há unanimidade de vozes na doutrina e na jurisprudência, havendo mesmo quem sustente que “o legislador, não prevendo a hipótese, criou uma situação sem solução contra o autor do fato”⁸⁶. Sem a menor sombra de dúvida, não parece este último ser o melhor posicionamento diante da questão. O intérprete, na ausência de regulamentação legal, deverá socorrer-se de interpretação sistemática visando a descobrir a *ratio* que inspirou a regulamentação do benefício, ou, diante da impossibilidade, buscar amparo na integração analógica ou nos princípios gerais de direito.

Há quem entenda admissível a conversão⁸⁷, pois o próprio legislador estatuiu que a execução das penas restritivas de direito será processada perante o órgão competente, nos termos da lei (art. 86 da Lei nº 9.099/95), determinando ainda a aplicação subsidiária das disposições do Código Penal (art. 92 da Lei nº 9.099/95). E o art. 44, § 4º, do Código Penal é de clareza solar ao asseverar que “a pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado”⁸⁸. Advirta-se, porém, não

⁸⁶ DAMASIO E. DE JESUS. “Transação penal: efeito do descumprimento da pena restritiva de direitos”. *Temas de direito criminal*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 215. Em sentido semelhante assevera MARIA LÚCIA KARAM: “Já na hipótese de aplicação de penas restritivas, inexistindo, seja na Lei 9.099/95, seja no Código Penal, previsão de mecanismos que, em moldes semelhantes aos que viabilizam a execução de obrigações de fazer, pudessem constri-lo condenado a cumpri-las, o descumprimento nada poderá acarretar. A lacuna da lei há de levar a esta imperativa conclusão” (Juizados Especiais Criminais. A concretização antecipada do poder de punir. cit. p. 105/106).

⁸⁷ Em doutrina, neste sentido, vide JULIO FABRINI MIRABETE. *Juizados Especiais Criminais*. cit. p. 164/165; HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO. *A introdução do instituto da transação penal no direito brasileiro e as questões daí decorrentes*. cit. p. 36.

⁸⁸ Assim também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, por mais de uma vez: “A transação penal, prevista no art. 76, da Lei nº 9.099/95, distingue-se da suspensão do processo (art. 89), porquanto, na primeira hipótese faz-se mister a efetiva concordância quanto à pena alternativa a ser fixada e, na segunda, há apenas uma proposta do Parquet no sentido de o acusado submeter-se não a uma pena, mas ao cumprimento de algumas condições. Deste modo, a sentença homologatória da transação tem, também, caráter condenatório impróprio (não gera reincidência, nem vesa como maus antecedentes, no caso de outra superveniente infração), abrindo ensejo a um processo autônomo de execução, que pode – legitimamente – desaguar na conversão em pena restritiva de liberdade, sem maltrato ao princípio do devido processo legal. É que o acusado, ao transacionar, renuncia a alguns direitos perfeitamente disponíveis, pois, de forma livre e consciente, aceitou a proposta e, ipso facto, a culpa” (STJ, 6ª Turma, RHC 198/GO,

ser este o entendimento esposado por parcela da doutrina⁸⁹; tampouco é o que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, o qual tem acolhido a tese no sentido de que a referida conversão constitui afronta ao princípio do devido processo legal, alvitando o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público como solução ao descumprimento⁹⁰. Decerto, neste caso, à diferença da hipótese tratada na regra do art. 44 do Código Penal, não há substituição da pena privativa de liberdade, mas sim aplicação imediata de pena restritiva de direitos⁹¹, o que traria dificuldades práticas no tocante à conversão em pena privativa de liberdade, sobretudo no tocante à duração desta última sanção. Não obstante, consubstanciando-se a proposta de transação no exercício de uma espécie de ação penal pública, não seria razoável tornar possível novo exercício do direito de ação, – após o trânsito em julgado da decisão que resolvera o conflito –, agora por intermédio de denúncia. Tampouco se vislumbra afronta ao devido processo legal com a conversão, pois, havendo o exercício do direito de ação e a aplicação de pena pelo Juiz, mediante atividade jurisdicional, está-se diante do *devido processo legal* instituído pelo legislador para a transação penal⁹². Logo, a melhor solução, a par das dificuldades, parece ser a que admite a

Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 01.07.1999, p. 211); "PENAL. TRANSAÇÃO. LEI Nº 9.099/95, ART. 76. IMPOSIÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCUMPRIMENTO. CONVERSÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. 1 – Não fere o devido processo legal a conversão de pena restritiva de direitos, imposta no bojo de transação penal (art. 76, da Lei nº 9.099/95), por privativa de liberdade. Precedente desta Corte. 2 – Ordem denegada" (STJ, 6ª Turma, HC 14.666/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 02.04.2001, p. 341).

⁸⁹ Assim, FÁBIO RAMAZZINI BECHARA; PAULO HENRIQUE ARIJABRA PEIXOTO "Se a transação somente é cabível quando não for hipótese de arquivamento, ou seja, quando o autor do fato, ao aceitar a proposta respectiva, opta por não ser processado. Somente não será processado se cumprir o acordo. O acordo substitui a escolha de não ser processado. Em assim sendo, caso não cumpra o acordo fica restabelecida a situação anterior, qual seja, o oferecimento de denúncia" ("Juizados Especiais Criminais. Lei nº. 9.099/95. Cinco anos de experiência". *Tratado temático de processo penal*. (Org. Marco Antonio Marques da Silva). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 195). No mesmo sentido, FERNANDO CAPEZ. *Curso de processo penal*. cit. p. 571.

⁹⁰ "TRANSAÇÃO – JUZADOS ESPECIAIS – PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – CONVERSÃO – PENA PRIVATIVA DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE – DESCUMPRIMENTO. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia" (STF, 2ª Turma, HC79572/GO, Rel. Min. Marco Aurélio).

⁹¹ MARIA LÚCIA KARAN. *Juizados Especiais Criminais. A concretização antecipada do poder de punir*. cit. p. 104.

⁹² AFRANCO SILVA JARDIM. *Direito Processual Penal*. cit. p. 351.

conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, quando descumprida aquela.

Construção engenhosa consistiria em o Juiz ordenar que o autor do fato cumprisse a pena restritiva de direitos, sob pena de, em caso de relutância, incorrer em crime de desobediência⁹³. Neste caso, porém, não seria a condenação resultante do acordo que teria o condão de obrigar o infrator ao cumprimento da sanção imposta, mas, sim, a ameaça de outra reprimenda penal.

4. Conclusões

Procurou-se com o presente ensaio traçar um panorama do ideário das resoluções alternativas de litígios em matéria penal, uma moderna tendência que vem sendo adotada (e, por vezes importada) pelos mais diversos ordenamentos jurídicos. Também se teve por objetivo fazer inserir neste contexto de consensualidade a transação penal brasileira (art. 76 da Lei nº 9.099/95), a qual mereceu observações a respeito do tratamento a ela dispensado pelo legislador. Assim, podem ser alinhavadas, de maneira sintética, as idéias aqui apresentadas, da seguinte forma:

I – A crise atravessada pela Justiça criminal na última quadra do século XX impôs a fuga aos modelos tradicionais, passando os mais diversos sistemas jurídicos, principalmente em relação a delitos que afetam em menor escala bens jurídicos penalmente protegidos, ou mesmo em relação a infrações de potencialidade lesiva atenuada, a adotar institutos baseados no consenso;

II – Os Estados Unidos da América, berço por excelência das resoluções alternativas de conflitos, em virtude de sua incontrastável hegemonia político-econômica, têm exercido considerável força de atração sobre outros ordenamentos jurídicos, principalmente no que diz respeito à adoção dos chamados *Alternative Dispute Resolution* (ADR), inclusive em matéria penal;

III – A resolução alternativa de conflitos penais vem se expandindo por diversos ordenamentos jurídicos. Seja em terreno europeu

⁹³ A solução foi engendrada por ANDRÉ LUIZ NICOLITTI. *Juizados Especiais Criminais. Temas controvertidos*. cit. p. 25.

(v. g., França, Itália, Portugal e Espanha), seja em solo latino-americano (e. g., Argentina, Bolívia, Chile, Venezuela, Colômbia, Paraguai), vários institutos processuais penais vêm sendo adotados com fulcro na consensualidade;

IV – O Brasil não ficou alheio a esta moderna tendência, inserindo e regulamentando, dentre outros, o instituto da transação penal (art. 98, I, da Constituição da República e art. 76 da Lei nº 9.099/95);

V – Na transação penal, a resolução se mostra alternativa, não por trilhar caminho diverso do Judiciário, mas pelo fato de permitir o *consenso* na aplicação da pena, participando do acordo transacional o Ministério Público, o autor da infração e seu advogado, bem como o Juiz. A par da esfera consensual, a transação possibilitaria ainda, *em tese*, a diminuição dos custos a cargo do Estado com a máquina judiciária, bem como a racionalização da Justiça criminal, permitindo que os agentes encarregados da persecução criminal se dediquem melhor ao combate à criminalidade de maior gravidade;

VI – Quanto ao seu âmbito de incidência, a transação penal foi reservada inicialmente às infrações de menor potencial ofensivo, hoje conceituadas pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01: *“os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”*. À transação também fez alusão o art. 291, parágrafo único, da Lei nº 9.503/97, bem como o art. 27 da Lei nº 9.605/1998. Contudo, em relação ao chamado Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), a despeito da redação de seu art. 94, ressoaria nítida a *falta de razoabilidade* em permitir, nas hipóteses ali previstas, a transação penal. Ajunte-se ser a transação penal incompatível com a ação de iniciativa privada. Assevere-se, ainda, encontrar-se a transação excluída do âmbito da Justiça Militar, por força do art. 90-A, acrescentado à Lei nº 9.099/95 pela Lei nº 9.839, de 27 de setembro de 1999;

VII – Cuida a transação penal de uma espécie de exercício de ação penal, na qual o Ministério Público imputa ao autor da infração de menor potencial ofensivo uma conduta revestida de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, além de formular um pedido de condenação às penas restritiva de direitos ou multa;

VIII – Somente o Ministério Público pode ostentar a titularidade privativa da propositura da transação penal, sendo uma faculdade

sua, em virtude de ser o *dominus litis* da ação penal pública. Não cabe ao Juiz propor ao autor do fato o benefício, sob pena de afronta ao sistema acusatório e ao princípio da inércia jurisdicional. Se o órgão jurisdicional discordar do não-oferecimento da proposta de transação pelo Ministério Público, deve remeter os autos ao Procurador-Geral, aplicando o artigo 28 do Código de Processo Penal por analogia;

IX – Encarando a transação penal como uma espécie de ação penal de natureza pública, vislumbrar-se-ia possível, nesta sede, a habilitação do ofendido como assistente a fim de coadjuvar a atuação ministerial. Aquele, porém, não poderá opor qualquer interferência no acordo transacional, pois o legislador, nos §§ 4º e 5º do art. 76 da Lei nº 9.099/95, considerou expressamente apenas a vontade do Ministério Público e a do autor do fato;

X – O art. 76, § 3º, da Lei nº 9.099/95, faz depender a homologação judicial da proposta de transação penal da aceitação “*pelo autor da infração e seu defensor*”. O assentimento, portanto, deverá ser dúplice. Contudo, na hipótese de colidência de vontades quanto à aquiescência à proposta de transação penal, deve prevalecer o desejo do autor da infração, desde que conte com o suporte da defesa técnica;

XI – A sentença homologatória da transação penal possui natureza *condenatória*, consubstanciando verdadeira sentença de mérito, com possibilidade de *adquirir autoridade de coisa julgada material*. Contudo, a referida essência condenatória da decisão assume caráter especial, pois *não importará reincidência*, tampouco constará de certidão de antecedentes criminais, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos (art. 76, §§ 4º e 6º, da lei nº 9.099/95). Outra peculiaridade é o fato de não gerar efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo Cível (art. 76, § 6º, da Lei nº 9.099/95). Mas referida sentença interrompe o curso do prazo prescricional, nos termos do art. 117, IV, do Código Penal;

XII – Aceita e homologada a proposta de transação penal, que impôs ao autor da infração uma pena de multa, se aquele não efetivar o pagamento da sanção pecuniária acordada, não poderá esta

ser convertida em pena privativa de liberdade, diante da redação dada ao art. 51 do Código Penal pela Lei nº 9.268/1996, que converteu a pena de multa em dívida de valor;

XIII – Na hipótese de descumprimento da penalidade restritiva de direitos imposta na sentença que homologou a transação penal, a melhor solução, a par das dificuldades e críticas, parece ser a que admite a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade.☞

O Ministério Público e a Tutela Jurisdicional Coletiva dos Direitos dos Idosos

Robson Renault Godinho

Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Processo Civil – PUC/SP.

1. INTRODUÇÃO

O estágio atual do estudo da tutela jurisdicional coletiva, embora ainda possa ser considerado incipiente, já revela indiscutíveis progressos científicos, surgindo tentativas de sistematização do denominado *processo coletivo*¹ ou *processo civil de interesse público*², além de diversos outros estudos específicos acerca da tutela coletiva dos direitos.

Ao concluir um de seus pioneiros textos sobre o tema da tutela jurisdicional coletiva, José Carlos Barbosa Moreira já notava a ausência de estudos sistemáticos acerca da tutela coletiva e apontava a necessidade de uma maior preocupação teórica com o processo coletivo, ao afirmar que nessa matéria “*o legislador se antecipou às preocupações científicas*”³.

Certamente o interesse teórico com a denominada tutela jurisdicional coletiva e com seus temas conexos assumiu especi-

¹ Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro – Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. O Instituto Brasileiro de Direito Processual está debatendo o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos apresentado por sua Presidente, a professora Ada Pellegrini Grinover.

² Cf. SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.). *Processo Civil e Interesse Público – O processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: APMP/RT, 2003.

³ Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Temas de Direito processual* (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 220.

al relevo no Brasil após a edição da denominada Lei da Ação Civil Pública. No entanto, nem sempre a produção científica - e jurisprudencial, acrescente-se - acompanhou qualitativamente as inovações normativas, ora havendo resistência em modificar conceitos próprios do processo individual ou clássico, ora com a tentativa de limitar indevidamente o alcance de institutos que certamente auxiliariam o escopo do amplo acesso à justiça.

O contínuo avanço científico na seara da tutela coletiva é especialmente necessário em tempos em que começam a ser ouvidas vozes que identificam o uso das ações coletivas com abusos processuais e em que se nota um amesquinamento jurisprudencial do alcance dos institutos, além de se tornar cada vez mais presente uma produção normativa que procura limitar o alcance das ações coletivas⁴.

Estamos em um momento histórico em que não é exagerado afirmar que, caso não haja sérias reflexões acerca da tutela jurisdicional coletiva, boa parcela dos avanços conquistados até o momento sofrerá retrocesso legislativo, jurisprudencial e científico, acabando por confinar tão importantes institutos a reduzido espaço.

Se observarmos bem, hoje a situação se inverteu e o legislador e a jurisprudência estão se antecipando às preocupações e avanços científicos, mas nem sempre com o objetivo de apresentar soluções úteis e eficazes para a realização dos direitos transindividuais, mas, sim, para provocar um indesejável retrocesso, subvertendo a lógica da afirmação de Barbosa Moreira, citada no início deste item.

⁴Sobre o argumento do abuso ou da patologia das ações coletivas: TUCCI, Rogério Lauria. "Ação Civil Pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Judiciário", *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, nº 18, julho-agosto de 2002, p. 05/31 e WALD, Arnoldo. "A recente evolução da Ação Civil Pública. Usos e abusos. Análise de sua Patologia". *Nota de atualização ao livro de Hely Lopes Meirelles sobre Mandado de Segurança*, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 189/214 (sobre o argumento do abuso faremos posterior análise). Sobre a reação ao amesquinamento das ações coletivas: GRINOVER, Ada Pellegrini. "A Ação Civil Pública refém do autoritarismo", *Revista de Processo*, nº 98. São Paulo: RT e BUENO, Cassio Scarpinella. "Réquiem para a ação civil pública". *Temas Atuais de Direito Processual Civil*. César Augusto de Castro Fiúza e outros (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Mencione-se ainda um interessante estudo acerca das limitações impostas às ações coletivas como estratégia de poder do Executivo: SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, especialmente p. 200/214.

2. A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA⁵

A partir da edição da Lei da Ação Civil Pública a tutela jurisdicional coletiva assumiu novos contornos, adequando nosso ordenamento à “vocação coletiva do processo contemporâneo”⁶ e iniciando-se uma espécie de *consciência processual coletiva*, que foi incrementada pela promulgação da Constituição. Mauro Cappelletti, em texto cl ssico⁷⁻⁸, observou que o estudo do processo sofreu uma metamorfose exatamente em razão dos conflitos de massa ou transindividuais.

Na evolução do estudo dos direitos transindividuais, merece realce a distinção identificada por Barbosa Moreira acerca da essencialidade ou acidentalidade do tratamento coletivo de determinados interesses ou direitos⁹.   importante mencionar essa nota evolutiva para esclarecer o objeto do processo coletivo e também

⁵ Essa denominação será utilizada para designar a sistemática do processo coletivo, independentemente de se tratar de a o civil pública ou a o coletiva, até porque não distinguimos as espécies pelo nome. Desse modo, está englobada no título a defesa em juízo de direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Cf. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. 3  ed. São Paulo: Atlas, 2001, *passim*. Também usaremos a expressão *processo coletivo* para o mesmo fim. Confira-se, a propósito, o denso estudo realizado por ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Processo Coletivo Brasileiro – Um Novo Ramo do Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, *passim*. No direito comparado, vale conferir: ESTAGNAN, Joaquin Silguero. *La tutela Jurisdiccional de los Intereses Colectivos a traves de la Legitimacion de los Grupos*. Madri: Dykinson, 1995 e CAVIEDES, Pablo Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de. *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*. Navarra: Aranzadi, 1999.

⁶ ARRUDA ALVIM, *Tratado de Direito Processual Civil*, V. 2. São Paulo: RT, 1996, p. 103.

⁷ “Forma es Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil”, *Revista de Processo*, n  5. São Paulo: RT. trad. Nelson Palaia. Merece ser transcrita a seguinte passagem: “Não   necessário ser sociólogo de profissão para reconhecer que a sociedade (podemos utilizar a ambiciosa palavra: civiliza o!) na qual vivemos   uma sociedade ou civiliza o de produ o em massa, de troca e de consumo de massa, bem como de conflitos ou conflituosidade (em matéria de trabalho, de rela es entre classes sociais, entre raças, religiões etc). Daí deriva que também as situa es de vida, que o Direito deve regular, são tomadas sempre mais complexas, enquanto, por sua vez, a tutela jurisdiccional – ‘a justiça’ – será invocada não mais somente contra viola es de caráter individual, mas sempre mais freqüente contra viola es de caráter essencialmente coletivo, enquanto envolvem grupos, classes e coletividades. Trata-se, em outras palavras, de ‘viola es de massa’ (...). Os riscos de tais lesões, que afetam simultaneamente numerosas pessoas ou categorias inteiras de pessoas, constituem sempre um fenômeno sempre muito vasto e freqüente na sociedade industrial. A pessoa lesada se encontra quase sempre numa situa o imprópria para obter a tutela jurisdiccional contra o prejuízo advindo individualmente, e pode simplesmente ignorar seus direitos; ou, ainda, suas pretensões individuais podem ser muito limitadas para induzi-la a agir em juízo, e o risco de incorrer em grandes despesas processuais pode ser desproporcional com o ressarcimento eventualmente obt vel!” (p. 130).

⁸ Aproximadamente nessa mesma época, Barbosa Moreira demonstrava sua preocupa o com o tema e procurava chamar a atenção para o único meio próprio para a tutela de interesses transindividuais existente em nosso ordenamento na ocasião (A a o popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados “interesses difusos”. *Temas de Direito Processual*, São Paulo: Saraiva, 1977).

⁹ “Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos”, *Temas de Direito Processual*. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

para demonstrar que esses direitos não passaram a existir após previsões legislativas, mas, como qualquer direito, já eram perceptíveis como fato social, apenas desamparados instrumentalmente pelo processo clássico.¹⁰ Como afirmou Barbosa Moreira, *“não basta reconhecer em teoria a relevância jurídica desses valores: como quaisquer outros, eles só se tornam verdadeiramente operativos na medida em que existam meios próprios e eficazes de vindicá-los em juízo”*.¹¹

A fim de oferecer um instrumental adequado para esse novo tipo de direitos, foram editadas diversas normas, com especial destaque para a conformação constitucional da tutela coletiva e para a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que, em conjunto, constituem um regramento comum a todo processo coletivo. Em uma espécie de histórico recente da tutela coletiva, podemos mencionar a edição dos seguintes diplomas legislativos: Lei da Ação Popular; Lei ambiental nº 6.938/81; Lei da Ação Civil Pública, que, também anterior à edição da Constituição de 1988, recebeu incremento após o novo texto constitucional; Lei dos portadores de deficiência física (nº 7.853/89); Lei 7.913/89; Estatuto da Criança e do Adolescente; Código de Defesa do Consumidor; Lei de Improbidade Administrativa; Lei 8.884/94; Leis federais¹² do Ministério Público (Lei 8.625/93 e Lei Complementar 75/93); Lei de Responsabilidade Fiscal; Estatuto da Cidade e Estatuto do Idoso.

A experiência brasileira influencia outros países, não sendo exagero afirmar que nosso aparato legislativo é satisfatório, bastando assinalar que o recente Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, formulado pelo Instituto Iberoamericano de Direito Processual originou-se de uma comissão for-

¹⁰ Essa noção é fundamental para rebater os argumentos daqueles que pretendem confinar os direitos individuais homogêneos apenas nas relações consumeristas, como veremos no item próprio.

¹¹ “A proteção jurídica dos interesses coletivos”. *Temas de Direito Processual* (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 176.

¹² Os Ministérios Públicos estaduais possuem suas leis institucionais próprias, que também tratam da tutela coletiva, a partir do balizamento fornecido pela Constituição e pela legislação federal.

mada por juristas brasileiros.¹³ Antonio Gidi chega a afirmar que “a Europa não pode ser ponto de referência para o Brasil em termos de processo coletivo. Ao contrário, somos nós, brasileiros, que devemos dar essa lição para todo o mundo da civil law. Ao menos na área de direito processual coletivo, nós somos o ponto de referência para a doutrina e o legislador europeus”¹⁴

3. O SISTEMA PROCESSUAL COLETIVO

Importa estabelecer que as diversas leis que tratam da proteção de interesses ou direitos metaindividuais em juízo formam, juntamente com a as disposições constitucionais, um sistema integrado que pode ser denominado de *processo coletivo* ou *tutela jurisdicional coletiva*. Dentro desse sistema, como vetores de princípios básicos, estão a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, que se complementam e se interagem recíproca e integralmente. Na certa observação de Arruda Alvim, há uma verdadeira *fungibilidade recíproca*¹⁵ entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, salvo no que forem incompatíveis.

Essa idéia de sistema integrado da tutela jurisdicional coletiva e a noção de que esses interesses ou direitos supra-individuais não foram “inventados” pelo legislador são requisitos fundamentais para o desenvolvimento dos demais itens, inclusive para o seguinte, em que procuraremos delinear as características dos direitos individuais homogêneos.

4. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS: OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Apesar de a doutrina haver identificado direitos que não correspondiam à clássica estrutura individual e que, pela própria

¹³ Cf. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. “O anteprojeto de Código-Modelo de Processos Coletivos para os países Ibero-Americanos e a legislação brasileira”. *Revista de Processo*, nº 117. São Paulo: RT, setembro/outubro de 2004. Sobre o anteprojeto, foi publicada uma importante obra coletiva: *La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos*, coordenada por GIDI, Antonio e MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. México, DF: Porrúa, 2003. Dos trinta e nove trabalhos, vinte e três são de autores brasileiros. Confira-se também a inegável influência na doutrina e jurisprudência de Portugal acerca da ação popular: SOUSA, Miguel Teixeira de. *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*. Lisboa: Lex, 2003.

¹⁴ “A *Class Action* como Instrumento de Tutela Coletiva de Direitos – as ações coletivas em uma perspectiva comparada.” *Tese de doutorado*. PUC/SP, 2003, p. 152.

¹⁵ “Ação Civil Pública”, *Revista de Processo*, nº 87. São Paulo: RT, p. 156.

natureza, deveriam ser tratados coletivamente, seja pela intrínseca indivisibilidade, seja pela dimensão social adquirida, não havia uma uniformidade na nomenclatura, havendo certa promiscuidade entre os termos *difusos* ou *coletivos* e uma confusão conceitual, motivo pelo qual se dizia que “*uma das poucas óbvias no que tange ao conceito de interesse difuso é que se trata de um personagem absolutamente misterioso*”¹⁶.

Diante da indefinição conceitual, mas da certeza da existência de direitos que seriam *essencialmente* coletivos e outros que o seriam apenas *acidentalmente*, o legislador infraconstitucional houve por bem definir as diversas categorias existentes (art. 81, parágrafo único, do Código do Consumidor)¹⁷⁻¹⁸.

Na conceituação dos interesses ou direitos difusos, optou-se pelo critério subjetivo da indeterminação dos titulares e da inexistência de relação jurídica base entre eles e, no aspecto subjetivo, pela indivisibilidade do objeto. Note-se que nessa categoria não há referibilidade a qualquer grupo organizado, nem se faz presente uma relação jurídica necessária entre os titulares. Não existe uma afetação institucional desses direitos, que apresentam maior grau de fluidez. Existe pura e simplesmente uma *comunhão de destino* entre os titulares do direito.

Já os direitos coletivos, segundo a definição do Código de Defesa do Consumidor, apresentam uma relação jurídica base

¹⁶ *Apud*, BARBOZA MOREIRA, “A ação popular...”, cit., p. 113, atribuindo tal frase a Villone. Nelson Nery Junior, entretanto, informa que o direito romano já conhecia a categoria dos direitos difusos, que eram tutelados pelas *acciones populares* e cita um trecho da obra clássica de Vittorio Scialoja sobre o processo civil romano, editada em 1936, em que se conceituavam os direitos difusos como sendo aqueles que têm como próprio titular cada um dos participantes da comunidade (A ação civil pública no processo do trabalho. Ação Civil Pública – 15 anos. Edis Milare (coord.). São Paulo: RT, 2001, p. 557 e nota 3).

¹⁷ Cf., WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 792.

¹⁸ Antonio Gidi criticou essa opção legislativa pela definição de três espécies de direitos transindividuais nos seguintes termos: “se no futuro, em face da evolução das relações sociais, aparecer uma quarta situação onde a tutela coletiva seja desejável, não haverá qualquer dispositivo legal que a autorize. Teria sido mais adequado que o legislador brasileiro tivesse condicionado a possibilidade da tutela coletiva apenas à existência de questão comum de fato ou de direito entre um grupo de pessoas. A extinção das três espécies de ação coletiva será uma significativa evolução no direito brasileiro, principalmente porque o tratamento diferenciado imposto pelo legislador brasileiro ao procedimento das três espécies de ações coletivas é injustificável” (A *Class...cit.*, p. 74/75). Observe-se que, no mencionado anteprojeto de código de processo coletivo iberoamericano foi adotada a mesma classificação da legislação brasileira, apenas com a subsunção dos coletivos aos difusos (art. 1º, I e II). Cf. GIDI, Antonio e MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos. México, DF: Porrúa, 2003.

preexistente à lesão ou ameaça de lesão dos direitos do grupo, categoria ou classe de pessoas. Aqui encontramos, portanto, a determinabilidade dos titulares do direito, embora continue presente a nota da indivisibilidade do objeto.

Na realidade, segundo Kazuo Watanabe, para a correta distinção entre os direitos difusos e coletivos, é fundamental a correta fixação do objeto litigioso do processo (pedido e causa de pedir)¹⁹⁻²⁰, já que de um mesmo fato pode surgir mais de uma pretensão²¹.

No que se refere ao tratamento coletivo de direitos individuais, devem estar presentes os requisitos da homogeneidade e da origem comum²². A origem comum pode ser de fato ou de direito, não havendo necessidade de uma unidade factual e temporal. A homogeneidade necessária é entre situações de fato ou de direito sobre as quais as características pessoais dos titulares atuem uniformemente, de modo a prevalecer a dimensão coletiva à individual. Note-se que nos direitos individuais homogêneos poderá inexistir entre as pessoas uma relação jurídica base anterior, havendo um vínculo com a parte contrária decorrente da própria lesão ao direito. Como esclarece Kazuo Watanabe, *“essa relação jurídica nascida da lesão, ao contrário do que acontece com os interesses ou direitos difusos ou coletivos, que são de natureza indivisível, é individualizada na pessoa de cada um dos prejudicados, pois ofende de modo diferente a esfera jurídica de cada um deles, e isto permite a determinação ou ao menos a determinabilidade das pessoas atingidas”*²³. Tal determinabilidade se traduz em determinação efetiva no momento do exercício do direito, seja por meio de ação individual, seja por meio de habilitação na liquidação de sentença prolatada em ação coletiva.

¹⁹ Ob. cit. p. 811/813.

²⁰ Cf., ainda, VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses Individuais Homogêneos e seus Aspectos Polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 2003, *passim* (referindo-se a uma *causa de pedir modelo* na p. 33).

²¹ José Roberto dos Santos Bedaque não concorda com esse critério de diferenciação, por entender que se trata de uma visão *“extremamente processualista”* e que é o tipo de direito que determina a espécie de tutela (*Direito e Processo – Influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 34/35). Pedro Lenza demonstra corretamente que o posicionamento de Bedaque não é antagônico ao critério ora adotado e pode perfeitamente ser com ele compatibilizado (*Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 2003, p. 92/93).

²² WATANABE. Ob. cit., p. 806/807.

²³ Ob. cit. p. 804.

O que deve ser remarcado é que os direitos individuais homogêneos são essencialmente individuais²⁴, sendo coletivos apenas na forma como são tutelados, motivo pelo qual podem ser designados como *acidentalmente* coletivos.

Além de outras vantagens²⁵, parece-nos que a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos incrementa o acesso à justiça, possibilitando que se levem a juízo causas que individualmente não seriam buscadas, em razão de fatores econômicos, sociais, psicológicos²⁶ e culturais.

Antonio Gidi afirma que o acesso à justiça é um dos objetivos da tutela coletiva de direitos e, ilustrando sua assertiva, informa que foi observado nos Estados Unidos que, se em determinado fato lesivo envolvendo quarenta milhões de membros do grupo lesado, apenas dez por cento resolvessem ir pessoalmente a juízo; ainda que cada audiência durasse apenas dez minutos, seriam necessários cem anos para que todos os casos fossem decididos²⁷, o que demonstra que o processo coletivo enseja economia processual e possibilita maior acesso à justiça.²⁸

A natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos é a de um direito subjetivo "individual complexo"²⁹, porque, ao mesmo

²⁴ O Código Modelo para a Ibero-América é mais explícito sobre a natureza dos direitos individuais homogêneos e os conceitua como sendo "o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe" (art. 1º, II).

²⁵ Segundo Ricardo de Barros Leonel, o tratamento coletivo de direitos individuais homogêneos apresenta como vantagens a "prevenção da proliferação de numerosas demandas individuais onde se repetem exaustivamente o mesmo pedido e a mesma causa de pedir; obstar a contradição lógica de julgados, que desprestigia a justiça; resposta judiciária equânime e de melhor qualidade, com tratamento igual a situações análogas, conferindo efetividade à garantia constitucional da isonomia de todos perante a lei; alívio na sobrecarga do Poder Judiciário, decorrente da 'atomização' de demandas que poderiam ser tratadas coletivamente; transporte útil da coisa julgada tirada no processo coletivo para demandas individuais" (Manual do processo Coletivo, São Paulo: RT, 2002, p. 110).

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas de Processo Civil*. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 87.

²⁷ *A Class...ciz.*, p. 26.

²⁸ Como afirma Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, "a proteção de direitos individuais homogêneos através da ação civil pública foi um importante passo para garantir o princípio da acessibilidade especificamente no plano individual, permitindo a defesa de um grande número de pessoas lesadas (que possivelmente não procurariam a justiça) e assegurando um adequado desempenho processual [...]". (Acesso à Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 117/118).

²⁹ Inclusive, para evitar o "preconceito ou a aversão ao termo 'individuais'", responsável por alguns equívocos no tratamento do tema, Márcio Flávio Mafra Leal defende em sua obra a substituição da denominação direitos individuais homogêneos para "coletivos divisíveis ou equivalente". (Ações Coletivas: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 198, nota 440).

tempo em que diz respeito às necessidades de uma única pessoa, essas necessidades são as mesmas de todo um grupo de pessoas, fazendo nascer sua relevância social. De se notar, portanto, que o direito individual homogêneo é, por sua natureza, individual e, na maioria dos casos, é patrimonial, merecendo tratamento coletivo em razão de sua extensão social.³⁰ Em razão de seu impacto social - "impacto de massa" - os direitos individuais homogêneos assumem dimensão coletiva e recebem tutela processual diferenciada. Ou seja: seu caráter individual é superado e só voltará assumir relevância na fase de liquidação da condenação genérica.³¹

É evidente que isso não significa que as situações de direito material não sejam levadas em consideração. Apenas queremos alertar que as situações individuais são tratadas coletivamente e, por isso, são desprezadas durante a fase de conhecimento. Se assim não fosse, estaríamos diante de litisconsórcio multitudinário e não de uma legítima ação coletiva³².

Outro ponto conceitual importante é que não há necessidade de que haja um número extenso ou indeterminado dos direitos individuais homogêneos para que se ajuíze uma ação coletiva³³. Nesse sentido, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro salienta que um "fato

³⁰ PINHO, Humberto Dalla. *A Natureza Jurídica do Direito Individual Homogêneo e sua Tutela pelo Ministério Público como Forma de Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 33 e 37/38.

³¹ Exatamente por isso, não possui o Ministério Público legitimidade para executar reparações individualizadas. Afinal, "após a expedição da condenação genérica, cessa o 'acidente' da coletivização do direito individual homogêneo, incumbindo a cada indivíduo liquidar os danos sofridos em sua esfera patrimonial" (cf. VENTURI, Elton. *Execução da Tutela Coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 132, nota 34). Note-se que também na fase de execução pode haver legitimidade do Ministério Público, mesmo em se tratando de direitos individuais homogêneos, desde que seja para o que se denominou de "reparação fluida" (art. 100, CDC), ocasião em que se estará diante de uma execução coletiva (cf. VENTURI, ob. cit. p. 153/158).

³² O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América elenca como requisitos da ação coletiva, além da representatividade adequada, "a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas" (art. 2º, I), sendo que, para a defesa dos direitos individuais homogêneos, além de ambos os requisitos, "é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto" (art. 2º, § 1º). A utilidade da tutela coletiva sobre a tutela individual foi estudada por Ada Pellegrini Grinover: "Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade". *Ação Civil Pública – 15 anos*. Edis Milare (coord.). São Paulo: RT, 2001, pp. 19/39.

³³ Contra: Marcelo Abella, que entende que não pode haver identificação prévia das pessoas tuteladas, de modo que a sentença será genérica não só em razão do *quantum* mas também pela incerteza de quantas pessoas serão beneficiadas (*Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 44, nota 22, e 47).

pode adquirir dimensão social independente da existência de um grande número de pessoas” e que, por passar a ser um interesse comum a uma determinada coletividade, assume um caráter de interesse público a resolução da questão por meio de uma ação coletiva.³⁴

5. A LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS³⁵

Considerada como um dos ‘pontos sensíveis’³⁶ da temática da tutela jurisdicional coletiva, a legitimação para agir sempre despertou controvérsias doutrinárias³⁷, havendo consenso apenas quanto ao fato de que não seria possível atribuir tal legitimação, em conjunto, à totalidade dos co-titulares e de que a substituição processual do art. 6º do CPC também se apresentava de modo insuficiente.³⁸

Dentre as várias possibilidades de que dispunha, o legislador brasileiro optou por conferir legitimação a entes públicos e privados³⁹, sendo que essa legitimação pode ser considerada como *concorrente, disjuntiva e exclusiva*.⁴⁰

³⁴ Ob. cit. p. 203, incluindo a nota nº 10.

³⁵ Para este trabalho importa o exame apenas da legitimidade ativa. A legitimidade coletiva passiva, portanto, em que pese a polémica sobre sua admissibilidade, não será examinada. Sobre o tema, vale conferir o trabalho de Fredie Didier Jr. “O Juízo de Admissibilidade do Processo: os ‘Pressupostos Processuais’ e as Condições da Ação”. Tese de doutorado. PUC/SP, 2005, p. 228/234; sobre o processo coletivo passivo: DINAMARCO, Pedro. “Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica”. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos – hacia un Código Modelo para Iberoamérica. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). Mexico: Porrúa, 2003, p. 132-141.

³⁶ BARBOSA MOREIRA. “A ação popular...”, cit., p. 117.

³⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA. A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro. Temas de Direito Processual (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984. Confira-se, ainda, o clássico estudo de Vincenzo Vignoriti sobre o tema: *Interessi Collettivi e Processo – la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979, *passim*.

³⁸ Como observou Arruda Alvim, “o art. 6º, entendido como regra geral, veio, pela evolução social, e, cada vez mais acenualmente, a se constituir em fator de emperramento do sistema jurídico, diante da crescente insatisfação de situações difusas que, por causa dessa regra, encontravam um ‘gargalo’ obstador de solução”. *Tratado...*, cit., p. 55.

³⁹ O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, em seu art. 3º, I, incluiu o cidadão entre os legitimados ativos.

⁴⁰ Diz-se concorrente porque a legitimidade de uma entidade ou órgão não exclui a do outro, sendo todos simultânea e independentemente legitimados para agir; é disjuntiva por não ser complexa, ou seja, qualquer legitimado poderá ajuizar a ação independentemente de formação de litisconsórcio ou autorização dos co-legitimados; a exclusividade significa que somente aqueles taxativamente legitimados podem propor ação coletiva, isto é, há um rol taxativo de legitimados. Cf. GIDI, Antonio. “Legitimidade para agir em ações coletivas”, *Revista de Direito do Consumidor*, nº 14. São Paulo: RT, p. 54/55.

Vem sendo encarecida pela doutrina a presença da nota da *representatividade adequada*⁴¹ para aferir a legitimidade para a ação coletiva.⁴² Em um plano ideal, realmente esse sentido da representatividade adequada deve ser buscado, mas peculiaridades jurídicas e culturais brasileiras, como o não paralelismo estreito com a *class action* norte-americana⁴³ e a falta de organização da sociedade civil, indicam que o ponto de partida é mesmo o atual sistema, com preponderância fática de entes públicos – Ministério Público à frente – como autores das ações coletivas por excelência⁴⁴.

Nosso sistema, entretanto, não é incompatível com a necessidade de se controlar o uso equivocado ou com má-fé das ações coletivas e, com esse propósito, a aferição de uma “representação adequada” se mostra importante para coibir desvios. Mesmo os entes públicos devem ser controlados, já que não pode ser descartado que a ação coletiva seja utilizada contrariamente aos interesses da comunidade lesada. Um exemplo: a Constituição e o Estatuto do Idoso autorizam que os idosos tenham acesso gratuito ao transporte coletivo urbano, bastando que seja comprovada a idade. As empresas de ônibus urbanos da cidade do Rio de Janeiro resolveram impor

⁴¹ O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América adotou como requisito da ação coletiva a representação adequada (art. 2º, I, e par. 2º), dispondo que “na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como: a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c – sua conduta em outros processos coletivos; d – sua capacidade financeira para a condução do processo coletivo; e – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; f – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.” Combinando-se o disposto nos parágrafos terceiro e quarto do art. terceiro do referido anteprojeto, o Ministério Público é um representante adequado por natureza, não havendo que perquirir sua adequação no caso concreto. Trata-se, pois, de uma representatividade adequada *in re ipsa*.

⁴² GIDI, Antonio. “A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta”. *Revista de Processo*, nº 108. São Paulo: RT, outubro/dezembro de 2002.

⁴³ Como informa Antonio Gidi em sua tese de doutorado, a representação adequada decorre do devido processo legal e é o requisito mais importante das ações coletivas norte-americanas, tanto assim que pode ser examinada pelo juiz em outra ação e de maneira retrospectiva (*A Class...cit.*, p. 113/116). Deve ser anotado que boa parcela da importância da representação adequada decorre de que, nos Estados Unidos, os processos são uma espécie de investimentos para os escritórios de advocacia. Nas palavras de Antonio Gidi, “o advogado do grupo é o verdadeiro *dominus litis*. Como o advogado do grupo tem a expectativa de receber um alto valor em dinheiro a título de honorários como remuneração pelos seus serviços, ele vê a ação coletiva como um empreendimento, um investimento pessoal” (*Idem*, p. 121).

⁴⁴ Sobre as diversas modalidades de legitimação, inclusive sobre a preponderância de entes estatais, e a necessidade de efetivação de direitos, confira-se o trabalho de Carlos Alberto de Salles: “Políticas públicas e a legitimidade para a defesa de interesses difusos e coletivos”. *Revista de Processo*, nº 121. São Paulo: RT, março de 2005.

aos idosos um prévio cadastro para que pudessem usufruir do benefício e negam o acesso aos coletivos a quem não estiver cadastrado, sendo que tal cadastro foi suspenso pelas próprias empresas. Afóra a bizarrice da suspensão do cadastro e da manutenção da exigência de um cartão que simplesmente não era emitido sem o prévio cadastro, o certo é que a exigência de um cartão especial (denominado de “rio card”) adquirido a partir desse mesmo cadastro é claramente inconstitucional. Mesmo assim, o Estado do Rio de Janeiro ajuizou ação coletiva visando a regulamentar a expedição do cartão para o acesso aos coletivos e a determinar o imediato reinício do cadastramento. Ou seja: ao invés de combater o comportamento abusivo das empresas, o Estado, na condição de legitimado ativo, utilizou uma ação coletiva para coonestar a prática das empresas, referendando, por via oblíqua, a lesão aos direitos dos idosos. Essa passagem ilustra um uso desvirtuado da ação coletiva e que realmente merece ser objeto de séria reflexão.

O que vem sendo exigido pela jurisprudência é um nexó temático entre o legitimado e a matéria tutelada (“pertinência temática”⁴⁵⁻⁴⁶), como forma de, ao menos, especificar a legitimidade no caso concreto.

Outro ponto a ser destacado é o da natureza da legitimidade das ações coletivas, havendo intenso debate doutrinário se se trata-

⁴⁵ No sentido da pertinência temática como integrante da representatividade adequada e como componente da legitimidade das ações coletivas, vale conferir o recente trabalho de Fredie Didier Jr.: “O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas”. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 25. São Paulo: Dialética, abril de 2005. O Supremo Tribunal Federal, a seu turno, considera a pertinência temática como requisito de legitimidade para ações diretas de inconstitucionalidade: “*Ação direta de inconstitucionalidade: idoneidade do objeto: decreto não regulamentar. Tem-se objeto idôneo à ação direta de inconstitucionalidade quando o decreto impugnado não é de caráter regulamentar de lei, mas constitui ato normativo que pretende derivar o seu conteúdo diretamente da Constituição. II. Ação direta de inconstitucionalidade: pertinência temática. 1. A pertinência temática, requisito implícito da legitimação das entidades de classe para a ação direta de inconstitucionalidade, não depende de que a categoria respectiva seja o único segmento social compreendido no âmbito normativo do diploma impugnado. 2. Há pertinência temática entre a finalidade institucional da CNTI - Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria - e o decreto questionado, que fixa limites à remuneração dos empregados das empresas estatais de determinado Estado, entre os quais é notório haver industriários.*” (ADI 1282 QO/SP – Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJ DATA-29-11-2002, p. 00017).

⁴⁶ O Estatuto do Idoso, sem justificativa razoável, parece haver dispensado a pertinência temática em relação à Ordem dos Advogados do Brasil (art. 81, III). Outras particularidades injustificáveis acerca da legitimidade para agir no Estatuto do Idoso: 1) a exclusão de pessoas da administração indireta (o que mereceu o aplauso de Sérgio Ricardo Souza: “Ação civil pública e legitimidade no Estatuto do Idoso”. *Direitos Metaindividuais*. Carlos Henrique Bezerra Leite. Coord. São Paulo: LTr, 2005, p. 203) e 2) a não previsão da possibilidade de dispensa da exigência de pré-constituição anual da associação.

ria de legitimação ordinária, extraordinária ou um terceiro gênero⁴⁷. Entendemos que esse debate é equivocado por pretender trabalhar com categorias do processo individual, já que não há necessidade de se buscar um paralelo necessário entre os institutos processuais. Estamos diante de um processo com suas peculiaridades próprias, dentre as quais avulta a questão da legitimidade. Uma nova realidade não tem que se prender a classificações antigas, que foram elaboradas diante de outra realidade.⁴⁸

Na tutela coletiva, a “substituição” dos titulares do direito é a regra, de modo que soa excêntrico tratar essa legitimidade como “extraordinária”⁴⁹. Como observa Arruda Alvim, *“se fosse possível dizer que a substituição processual era um caso de legitimidade extraordinária (...) já no processo coletivo, para o fim de atuar coletivamente, passou o instituto a ser a forma normal de atuação”*.⁵⁰

Entendemos que se trata de uma legitimação autônoma⁵¹, portanto, em qualquer hipótese de tutela coletiva. Essa ressalva é necessária em razão de ser opinião corrente de que a legitimação seria ordinária em se tratando de direitos difusos ou coletivos e seria extraordinária quando se relacionasse com direitos individuais ho-

⁴⁷ As diversas opiniões doutrinárias a respeito são bem descritas por NERY JUNIOR. “A ação civil pública no processo do trabalho”, cit., p. 567/572. Também se vê boa análise do tema no erudito estudo de Luciano Velasque Rocha, que, após afirmar que nos processos coletivos a legitimidade deve ser raciocinada a partir da noção de acesso à justiça e não da situação legitimante, conclui que a natureza da legitimidade do Ministério Público é a de “parte em razão do cargo” (“Ações Coletivas – o problema da legitimidade para agir”. Dissertação de mestrado. PUC/SP, 2003). No já mencionado estudo de Vincenzo Vigoriti, após ampla análise da questão, já se concluiu no sentido de ser ordinária a legitimidade para ações coletivas (Ob. cit., p. 149/150).

⁴⁸ Vale transcrever o que disse Luiz Guilherme Marinoni sobre a classificação das sentenças e que pode perfeitamente ser aproveitado em defesa de nossa posição: “surjindo novas realidades e, por mera consequência, a necessidade de nova classificação, não há racionalidade em tentar enxertá-las nas velhas prateleiras da antiga, como se as realidades tivessem que se acomodar às classificações, e não o contrário. Pior do que isso: a tentativa de manter uma classificação – além de fundada em um desvio sobre a verdadeira função das classificações – é cientificamente perniciosa, pois acaba por apagar as distinções entre o antigo e o novo, especialmente os valores aí embutidos, podendo ser vista como uma armadilha conservadora” (“As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva”. Disponível em www.mundojuridico.adv.br - acesso em 25/01/05).

⁴⁹ A questão foi percebida por Luiz Paulo da Silva Araújo Filho: “a concepção da legitimação em ações essencialmente coletivas como extraordinária suscita a questão básica de saber qual seria então a hipótese de legitimação ordinária, que, as mais das vezes, não é apontada, mas que deve existir, porque é óbvio que não se pode conceber a legitimação extraordinária sem antes definir qual seria a legitimação ordinária para as ações relativas aos interesses difusos e coletivos” (ob. cit. p. 93/94). No mesmo sentido, Marcelo Abelha (ob. cit. p. 59).

⁵⁰ “Notas atuais sobre a figura da substituição processual”, Revista de Processo, nº106. São Paulo: RT, p. 27. -

⁵¹ Confira-se, ainda, a lição de NERY JR e NERY (ob. cit. p. 399).

mogêneos, em razão de estes últimos serem em essência individuais. Não podemos concordar com esse raciocínio. Como já exposto, os direitos individuais homogêneos possuem um caráter complexo por adquirirem uma dimensão social, de modo que a individualidade perde importância para fins de tutela coletiva, tanto assim que o pedido veiculado deve ser genérico⁵².

6. A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES COLETIVAS

Podemos dizer, sem exagero, que o exercício da tutela coletiva pelo Ministério Público é hoje a face mais visível de sua disciplina constitucional, motivo pelo qual Barbosa Moreira considera que houve uma autêntica revitalização institucional⁵³, provocada pela edição da Lei da Ação Civil Pública e confirmada pela Constituição. Mauro Cappelletti, inclusive, que tem posicionamento sabidamente contrário à legitimação do Ministério Público em matéria de direitos transindividuais em razão do perfil da instituição na Itália⁵⁴, ao tomar conhecimento da situação brasileira, afirmou que as *“razões do escasso êxito dessa solução na Europa não se aplicam ao Ministério Público brasileiro, sobretudo depois que sua independência foi assegurada pela Constituição, e em consequência também o fato de que*

⁵² Cf. ARAÚJO FILHO. Ob. cit., p. 94.

⁵³ “La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)”. *Temas de Direito Processual*. Quinta série. SP: Saraiva, 1994, p. 166.

⁵⁴ Também Vincenzo Vigoriti se mostrou contrário à outorga de legitimidade ao MP para o ajuizamento de ações coletivas (*Interessi Collettivi e Processo – la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 239/247). É interessante mencionar que o processualista Osvaldo A. Gozaini afirma que *“la doctrina rechaza ampliamente la posibilidad de que sea este organismo del Estado [o Ministério Público] quien asuma la defensa judicial de los derechos”* (*La Legitimación en el Proceso Civil*. Buenos Aires: EDIAR, 1996, p. 336). Entretanto parece que o autor se refere apenas à realidade argentina, já que nada menciona de direito comparado e, na única tentativa de ingressar nessa seara, utiliza equivocadamente um texto de Barbosa Moreira, sem, contudo, mencionar trabalhos posteriores do processualista brasileiro e muito menos mencionar as mudanças constitucionais e legislativas aqui ocorridas, especialmente no que se refere à disciplina constitucional do Ministério Público brasileiro. De todo modo, seus argumentos se resumem a uma eventual falta de organização institucional específica, ausência de especialização e de independência, o que, evidentemente, não se aplica à realidade brasileira, por mais que o referido autor tenha pretendido emprestar uma força axiomática à sua afirmação. Essas críticas à legitimidade do Ministério Público não encontram mais ressonância no Brasil, já que a experiência demonstrou o equívoco de tais idéias, tanto assim que Cappelletti fez ressalvas quanto à realidade brasileira. Mesmo assim, vale mencionar um trabalho de autoria de Paulo Salvador Frontini, Édis Milaré e Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, que responde todas essas objeções: “Ministério Público, ação civil pública e defesa dos interesses difusos”, publicado originalmente na *Justitia*, v. 131, e também no livro editado pelo próprio Camargo Ferraz: *Ministério Público e Afirmação da Cidadania*. s/ed. São Paulo: 1997.

*em algumas cidades do Brasil se criaram seções especializadas em matéria de interesses difusos, nos quadros do Ministério Público. Fique bem claro, porém, que essas são as duas condições – independência e especialização – absolutamente indispensáveis ao êxito da solução aqui considerada*⁵⁵.

Ao lado desse incremento de atribuições, houve – e há – forte posicionamento que visa a limitar o amplo espectro de atuação do Ministério Público, especialmente no que se refere à tutela dos direitos individuais homogêneos, geralmente sob o argumento de que se pretende salvaguardar a sociedade da sanha abusiva de Promotores de Justiça e de que sua atuação em matéria de direitos individuais homogêneos é bastante restrita. A defesa dos direitos individuais homogêneos, pois, tornou-se campo próprio para a proliferação dessas idéias restritivas.

Antes de passarmos para uma fase descritiva e ao mesmo tempo analítica acerca da legitimidade do Ministério Público para a tutela dos direitos individuais homogêneos, cabe mencionar uma nova objeção à atuação do Ministério Público na tutela de direitos transindividuais, que foi exposta por Adriano Perácio de Paula em recente trabalho.⁵⁶ Segundo este autor, atuando como parte em ação cível, o Ministério Público sempre deverá estar representado por advogado, em razão de a Constituição só haver-lhe conferido capacidade postulatória em matéria penal, vedando-lhe o exercício da advocacia. Falta ao Ministério Público, portanto, de acordo com o referido autor, capacidade postulatória para ajuizar qualquer ação coletiva, devendo contratar advogado, que teria a exclusividade absoluta sobre o *jus postulandi*.

Esse posicionamento é flagrantemente equivocado, parecendo até ser fruto de uma má-vontade com a atuação do Ministério Público, antes de se constituir em uma consistente posição acadêmica. Felizmente, não temos conhecimento de qualquer adesão a esse entendimento. Até mesmo quem se dedicou ao tema com um

⁵⁵ "O acesso dos consumidores à justiça". *Revista de Processo*, nº 62. São Paulo: RT, p. 208.

⁵⁶ Sobre a Lei 8.429, de 1992, e a atuação do Ministério Público nas ações de improbidade no processo civil. *Improbidade Administrativa*. Cássio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coord.). São Paulo: Malheiros, 2001.

enfoque restritivo à atuação do Ministério Público, nem sequer cogitou questionar sua capacidade postulatória para atuar como autor no processo civil⁵⁷. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁵⁸, em parecer encomendado pela OAB, afirma expressamente que a capacidade postulatória “é inerente à própria instituição. Pretender exigir-se que para a propositura da Ação Civil Pública o Ministério Público deve comparecer em juízo representado por um advogado é, data vênia, um exagero. Seria amesquinhá-lo. Seria reduzi-lo a um mero órgão administrativo do Estado (...)”.

Para afastar essa idéia da falta de capacidade postulatória, bastaria mencionar o disposto no art. 81 do CPC. Entretanto, a própria Constituição confere capacidade postulatória ao Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas no art. 127, ao incumbir-lhe a *defesa* dos interesses sociais e individuais indisponíveis, estando incluída a possibilidade de ajuizamento de ações judiciais, e no art. 129, III, em que se lê que cabe ao Ministério Público *promover* a Ação Civil Pública, devendo ser notado que no inciso primeiro do mesmo artigo utiliza-se o mesmo verbo para a ação penal; a vedação constitucional ao exercício da advocacia evidentemente não significa que o membro do Ministério Público não possa ajuizar ações de sua atribuição, devendo haver compatibilização das normas constitucionais. A razão dessa vedação é histórica e nada tem a ver com a nova configuração da tutela jurisdicional coletiva.

6.1. Panorama doutrinário

Iniciemos a exposição apresentando os argumentos que nos parecem mais restritivos⁵⁹.

⁵⁷ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. “O exercício do *ius postulandi* pelo advogado e pelo membro do Ministério Público no processo civil”. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, nº 64. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997.

⁵⁸ *Propositura*, pelo Ministério Público, de ações para a tutela de interesses particulares em ações civis públicas. *Revista de Processo*, nº 80, São Paulo:RT, outubro/dezembro de 1995, p. 174.

⁵⁹ Alguns dos mais importantes posicionamentos doutrinários mais restritivos encontram-se reunidos em obra coletiva coordenada por Arnaldo Wald. Nessa coletânea, não há nenhum autor com posicionamentos mais avançados sobre o tema, de modo que se trata de interessante obra uniformemente conservadora: *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Miguel Reale⁶⁰ entende que os direitos e coletivos e individuais homogêneos como definidos no Código de Defesa do Consumidor são categorias inconstitucionais (*sic*), “*tendo sido indevidamente acrescidas à dos difusos e indisponíveis, os únicos que a Carta Magna expressamente contempla*”. Adilson Abreu Dallari⁶¹ também entende que a Constituição só autorizou o Ministério Público a defender direitos difusos e coletivos, sendo inconstitucional qualquer outro alargamento de sua “competência”. Do mesmo modo, Ives Gandra da Silva Martins⁶² entende haver incompatibilidade constitucional com a defesa dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público por meio de ação coletiva.

A constitucionalidade de sua defesa pelo Ministério Público está no art. 127 da Constituição, na medida em que menciona a defesa dos interesses sociais, e no art. 129, IX, na parte em que autoriza o Ministério Público a exercer outras funções compatíveis com sua finalidade. O acesso à justiça garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição também legitima a atuação do Ministério Público, já que existem lesões individuais que possuem relevância social e só receberam a tutela adequada por meio da ação coletiva.

O fato de o texto constitucional não mencionar expressamente a categoria dos direitos individuais homogêneos não deve impressionar. Até mesmo para evitar esse tipo de equívoco em que incidiu Miguel Reale é que há quem defenda a mudança do nome desses direitos, conforme já referido⁶³.

O rótulo dado pelo legislador não pode mudar a natureza das coisas, e haverá direitos acidentalmente coletivos independentemente da denominação legislativa. A novidade é que agora temos um sistema processual integrado que possibilita sua tutela efetiva.

⁶⁰ “Da ação civil pública”. *Questões de Direito Público*. São Paulo: Saraiva, 1997.

⁶¹ “Limitações do Ministério Público na Ação Civil Pública”. *Improbidade Administrativa*. Cássio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coord.). São Paulo: Malheiros, 2001.

⁶² “Ação Civil Pública para defesa de direitos individuais disponíveis e divisíveis – inadequação do veículo processual – Constitucionalidade de taxas para prestação de serviços públicos específicos e divisíveis da prefeitura de Taubaté”. *Revista de Processo*, nº 75. São Paulo: RT, julho/setembro de 1994.

⁶³ Trata-se da proposta de Mafra Leal.

É interessante notar que somente agora venha sendo questionada essa categoria de direitos, embora o legislador já trabalhe com ela há anos. Basta lembrar que a Lei 6.024/74 legitima o Ministério Público a ajuizar ações em hipóteses de liquidação extrajudicial, caso evidente de direitos individuais homogêneos⁶⁴, sem falar no disposto na Lei 7.913/89.

O certo é que *“caso não houvesse disciplina legal, da mesma forma, três seriam as modalidades de interesses transindividuais: os interesses difusos, os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos”*.⁶⁵ Não havia esse rótulo na época da edição da Constituição, mas podemos dizer que a proteção judicial dos direitos individuais homogêneos já estava prevista em seu texto por todas as razões expostas.

Ademais, uma outra razão para a não inclusão dos direitos individuais homogêneos no art. 129, III, da Constituição, está no fato de que nem todas as situações individuais alcançam dimensão a justificar a atuação do Ministério Público, ao contrário do que ocorre com os interesses difusos e coletivos, que, pela própria natureza, têm afetação automática à coletividade e não apenas ao indivíduo. Na Constituição temos as diretrizes genéricas, havendo conformação legislativa posterior, que foi o que ocorreu com a disciplina dos direitos individuais homogêneos.

Rogério Lauria Tucci⁶⁶, embora não se refira expressamente à denominação *direitos individuais homogêneos*, acrescenta dois argumentos contrários à atuação do Ministério Público: a abusividade do ajuizamento de ações e o indevido exercício de funções próprias de advogados, eis que seriam tutelados direitos individuais⁶⁷.

Pedro da Silva Dinamarco⁶⁸, a seu turno, após afirmar que diversas ações coletivas são propostas indevidamente em razão do

⁶⁴ Cf. BARBOSA MOREIRA, “Liquidação extrajudicial. Pagamento integral dos credores. Efeitos”. *Direito Aplicado II (Pareceres)*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.39.

⁶⁵ VIGLIAR. *Tutela Jurisdicional Coletiva*, cit., p. 67.

⁶⁶ “Ação Civil Pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário”. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 18, julho/agosto de 2002.

⁶⁷ O interessante é que basicamente Lauria Tucci, para embasar seu raciocínio, cita autores que possuem essencialmente posição diversa da sua, como Kazuo Watanabe e Hugo Nigro Mazzilli.

⁶⁸ *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 210, 214, 215 e 218.

temor de o Promotor de Justiça ser punido administrativamente, conclui que está havendo um “inegável abuso” por parte do Ministério Público, o que acabaria por tornar ineficiente a tutela coletiva, afirmando, ainda, que é inconstitucional a defesa do erário⁶⁹. Em sua opinião, apenas quando o direito for simultaneamente indisponível e homogêneo é que haverá legitimidade do Ministério Público.

O argumento de que haveria indevido exercício de advocacia pelo Ministério Público nos casos de direitos individuais homogêneos não pode prosperar. Ao ajuizar uma ação coletiva, o Ministério Público está exercendo seu *múnus* constitucional, nada havendo de usurpação de função. Ademais, é sempre válido repetir, nunca estará o Ministério Público defendendo direitos individuais específicos, mas, sim, estará tutelando uma situação que, a partir de lesões individuais, assume dimensão social, transcendendo a posição individual de cada titular. A atuação do Ministério Público é impessoal e genérica, desvinculada da situação pessoal de cada titular. Tanto é assim, que o pedido formulado na defesa dos direitos individuais homogêneos deve ser necessariamente genérico, havendo posterior habilitação individual dos eventuais titulares que desejarem. E essa habilitação forçosamente será por meio de advogados, cessando a legitimidade do Ministério Público.

Note-se, portanto, que o tratamento coletivo dos direitos individuais não se confunde com a satisfação pessoal do crédito daí decorrente, este sim indiscutivelmente disponível e que deve ser buscado por meio de advogado.⁷⁰

O argumento da abusividade é mais ideológico do que técnico, já que não se combate um instituto pelas suas eventuais deturpa-

⁶⁹ Assim também, em linhas gerais, pensa Cândido Rangel Dinamarco: “Inadmissibilidade da Ação Civil Pública e ilegitimidade do Ministério Público”. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. V. 1. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁷⁰ Essa questão foi bem abordada pelo Supremo Tribunal Federal, na ocasião em que se decidiu pela legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação coletiva em favor de estudantes que haviam sofrido abusivo aumento das mensalidades escolares. O Ministro Maurício Corrêa assim se manifestou na ocasião: *Tem-se que não é o Ministério Público que invade a área de atuação da reserva da clientela dos advogados, senão a própria natureza do bem protegido que o exige, e que se alça ao patamar daqueles impugnáveis por via de ação direta por certos entes, e com muito mais razão pelo Ministério Público, neste caso concreto investido da capacidade postulatória para a ação civil pública*. (RExt. nº 163.231-SP – DJ 29/06/01, p. 55).

ções práticas. O fato de haver o ajuizamento indevido de ações coletivas (fato este que não se nega neste trabalho) não significa que se deva impedir o uso do instituto. Temos todo um aparato técnico para impedir o desenvolvimento de uma ação - individual ou coletiva - que seja inadequada. Se uma ação foi ajuizada por meio de uma inicial inepta, que se rejeite aquela petição específica; se houve má-fé, que se condene o litigante. Ou seja: pela técnica processual evita-se a utilização abusiva das ações coletivas, seja pelo ajuizamento correto de ações, seja pelo controle de admissibilidade das demandas.

O que não pode ocorrer é a criação de uma regra genérica que limite a atuação do Ministério Público, como, aliás, só ele fosse responsável por abusos forenses, quando na verdade sabemos que não é bem assim que as coisas se passam. Do modo como exposto pelos autores, parece que ao Ministério Público vale uma extravagante teoria concreta do direito de ação, sendo abusivo o ajuizamento de uma ação que veicule pedido julgado improcedente.

Afirmar, como faz Pedro Dinamarco, que Promotores de Justiça ajuízam ações de modo leviano por receio de punições administrativas pessoais é desconhecer completamente a realidade de uma Instituição, nem mesmo se dando ao trabalho de examinar os mapas estatísticos dos Ministérios Públicos que trazem o número de inquéritos civis arquivados. Não há punição para o correto exercício funcional e isso inclui o ajuizamento de ações nas hipóteses cabíveis e o não ajuizamento quando não houver justa causa.

A idéia de que só em se tratando de direitos individuais homogêneos indisponíveis é que haveria legitimidade do Ministério Público também não merece prestígio, já que não se pode confundir patrimonialidade com disponibilidade⁷¹.

Como já afirmamos, a partir do momento em que a lesão a direitos individuais homogêneos adquire dimensão social, supera-se a disponibilidade do direito numa óptica individualizada, em razão de um interesse maior da sociedade em ver essa lesão a direitos tutelada coletiva e genericamente. É como se houvesse uma sus-

⁷¹ TEPEDINO, Gustavo. "A questão ambiental, o Ministério Público e as ações civis públicas". *Temas de Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

pensão da disponibilidade do direito durante a ação coletiva, voltando essa característica no momento da habilitação para a satisfação de um direito específico, a partir de uma condenação genérica.

Nem se argumente que o disposto no art. 25, I, *a*, da Lei 8.625/93,⁷² haveria definitivamente limitado a atuação do Ministério Público apenas aos direitos individuais homogêneos indisponíveis. Tal interpretação não é possível pelas seguintes razões: a) aplicação subsidiária⁷³ ou integradora da Lei do Ministério Público Federal (art. 6º, XII, da Lei Complementar 75/93 combinado com o art. 80 da Lei 8.625/93), sendo que o processo coletivo deve formar um microsistema; b) a incompatibilidade dessa interpretação da lei com o disposto no art. 127 da CF; c) a equivocidade da linguagem legislativa. Devemos ler o dispositivo mencionado com a disjuntiva *ou* substituindo a conjuntiva *e*, assim como, por exemplo, devemos fazer com a nova redação do art. 515, § 3º, do CPC e fazer o contrário na interpretação do art. 286, CPC; d) se fossemos ler esse dispositivo como determinante de uma simultaneidade entre a característica da indisponibilidade com a homogeneidade, o Ministério Público só poderia defender interesses de incapazes em ações coletivas, e não individualmente⁷⁴.

Merece ser afastado também o argumento de que somente em relações de consumo pode haver a defesa dos direitos individu-

⁷² Veja-se que, mesmo para aqueles que entendem que a legitimidade para a defesa dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público necessita de previsão específica em lei, o citado dispositivo da legislação institucional satisfaz essa exigência, motivo pelo qual discordamos de Donaldo Armelin, quando afirma que a legitimidade para a defesa dos direitos individuais homogêneos não decorre da Constituição e não há lei ordinária que outorgue genericamente essa legitimidade ("Ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política". *Processo Civil e Interesse Público - O Processo como Instrumento de Defesa Social*. Carlos Alberto de Salles (org.). São Paulo: RT/APMP, 2003, p. 122/124).

⁷³ O fato de haver norma expressa na lei do Ministério Público Estadual afastaria, em princípio, a aplicação subsidiária; no entanto, temos que a utilização dessa outra norma auxilia na correta interpretação e esclarece uma redação ambígua; ademais, nada justificaria tratamento dispar entre os Ministérios Públicos nesse particular.

⁷⁴ GOUVÊA, Marcos Antonio Maselli de Pinheiro. "A legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos". *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 11, janeiro/junho de 2000. Concordamos com Gregório Assagra de Almeida quando considera ilegítimo "o questionamento sobre a indisponibilidade ou não desses direitos ou interesses individuais homogêneos para feitos de se aferir a legitimidade ativa provocativa do Ministério Público. O que se nota é que ao estabelecer a Constituição que incumbe ao Ministério Público a defesa de direitos sociais e interesses indisponíveis, a indisponibilidade está relacionada com a categoria dos direitos individuais puros e não dos direitos individuais homogêneos" *Direito Processual Coletivo Brasileiro - Um Novo Ramo do Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 600/601).

ais homogêneos, por só haver expressa referência a essa categoria no Código de Defesa do Consumidor, inclusive porque há outras leis que tratam de direitos individuais homogêneos, como as leis institucionais do Ministério Público, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso. Como já destacamos, o Código de Defesa do Consumidor apenas rotulou uma categoria que já existia, de modo que, mesmo que não houvesse sua disciplina expressa por meio de qualquer lei, seria possível sua tutela coletiva para garantia do acesso à justiça.

Na realidade, a defesa dos direitos individuais homogêneos é compatível com a Constituição independentemente de previsão expressa. Além disso, devemos lembrar que temos um sistema integrado de tutela coletiva, não havendo sentido em criar artificialmente categorias de direitos estanques, confinadas nos limites de um diploma legislativo específico. Lembre-se ainda do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública e da expressa previsão genérica de defesa dos direitos individuais homogêneos pelas leis orgânicas do Ministério Público.

Exatamente em razão dessa compatibilidade constitucional e de haver um sistema integrado do processo coletivo, é que não deve impressionar o fato de que a lei do Código de Defesa do Consumidor, ao acrescentar o inciso IV no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública deliberadamente não incluiu os direitos individuais homogêneos, por ser vontade do legislador seu confinamento das relações de consumo⁷⁵. Primeiro, não é o meio hermenêutico mais correto a vinculação à vontade do legislador, já tendo sido demonstrado que há possibilidade de defesa de quaisquer direitos individuais homogêneos a partir de uma interpretação teleológica e sistemática. Em segundo lugar, o fato de não ter havido inclusão expressa dos direitos individuais homogêneos não possui importância diante da abertura do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública. Se raciocinarmos de modo diverso, então também deveremos entender que, em não tendo havido alteração expressa do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, o Distrito Federal só será legitimado para ajuizar Ação Civil Pública

⁷⁵ Esse argumento é utilizado, p. ex., por Paulo Roberto Medina em seu *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 120.

em relações de consumo, pois só no Código de Defesa do Consumidor lhe há referência expressa (art. 82, II), o que seria absurdo.

Como destacou o Min. Sepúlveda Pertence, em seu preciso voto no Recurso Extraordinário nº 195.056-1-PR⁷⁶, a lei já confiou ao Ministério Público a incumbência da defesa coletiva de direitos individuais homogêneos, como p. ex., os dos credores de instituição financeira em liquidação extrajudicial e nunca houve questionamento de inconstitucionalidade, exatamente porque *“da própria Constituição é possível derivar outras hipóteses”* de direitos individuais homogêneos.

A partir do momento em que encaramos a defesa judicial dos direitos transindividuais como integrante do direito fundamental do acesso à justiça, verificamos que esse posicionamento restritivo não pode persistir, devendo ser lembrado que *“a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que melhor eficácia lhe dê”*.⁷⁷

Qualquer limitação material posterior (como, p. ex., em matéria tributária e previdenciária) também é indevida, em razão do princípio da vedação do retrocesso (ou do não retrocesso social)⁷⁸. Se a Constituição garante uma tutela jurisdicional adequada e prevê o sistema de tutela coletiva, não pode uma norma infraconstitucional frustrar esse compromisso constitucional com a efetividade. Lembre-se de que o texto constitucional possui cláusula aberta quando se refere à tutela jurisdicional coletiva (art. 129, III e IX). Além disso, o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública também possui cláusula aberta para a tutela de quaisquer direitos transindividuais, concretizando-se, assim, o direito fundamental de acesso à adequada tutela

⁷⁶ Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 30/05/03, p. 30.

⁷⁷ CANOTILHO. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227.

⁷⁸ Idem, p. 468/469. Na doutrina brasileira, sobre a vedação do retrocesso há excelentes trabalhos de Ingo Wolfgang Sarlet, com fartas indicações bibliográficas. Confira-se os mais recentes: “A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro”. *Constituição e Segurança Jurídica – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Cármen Lúcia Antunes Rocha (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004. “Princípio da proibição de retrocesso nos direitos fundamentais sociais da Constituição Federal de 1988”. *Justiça Social: uma questão de Direito*. Maria Elena Rodriguez Ortiz (org.). Rio de Janeiro: DP&A/FASE, 2004. Ainda: MENDONÇA, José Vicente dos Santos. “Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo”. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XII – Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro, Lumen Juris.

jurisdicional, não podendo uma norma posterior retroceder tal garantia e proibir que determinados temas possam ser discutidos em processo coletivo.

Como bem lembra Jesús González Pérez, o direito à tutela jurisdicional significa a possibilidade de formular qualquer tipo de pretensão, qualquer que seja seu fundamento e o objeto sobre o qual verse.⁷⁹ Quando se proíbe que determinados direitos sejam tutelados coletivamente, em uma espécie de *censura processual*, impede-se uma adequada tutela jurisdicional, ofendendo-se um direito fundamental.

Excluir do processo coletivo a tutela de determinados direitos é negar acesso à justiça e, nessa medida, o parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública é inconstitucional. É verdade que cada titular poderá pleitear seus direitos em processos individuais, mas a Constituição prevê a tutela coletiva como meio mais amplo e eficaz de acesso à justiça, de modo que a vedação da tutela coletiva significa impedimento de prestar uma tutela jurisdicional mais adequada, o que fulmina de inconstitucionalidade a referida norma⁸⁰.

Os posicionamentos contrários à legitimação do Ministério Público se prendem a uma visão pontual do fenômeno, como se o direito pudesse ser interpretado apenas parcialmente. Entretanto, *“não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum”*⁸¹. Por isso, e mais os argumentos que expusemos

⁷⁹ *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 69.

⁸⁰ Como afirmou Germán J. Bidart Campos, “si haora suponemos la hipótesis extrema de una ley que expresamente niega una acción, o la legitimación procesal, y en un caso concreto judicialmente planteado el juez se da cuenta de que la ley prohibitiva aniquila el derecho de acceso a la justicia del justiciable pretensor, porque, conforme a las circunstancias de la causa, tales obstáculos le provocan un perjuicio irreparable, no vacilamos en afirmar que el juez debe declarar inconstitucional – en ese caso particular – la norma legal que abroquelada la acción, la legitimación e y el proceso, y al no aplicarla ha de dar reconocimiento a la acción, a la legitimación y al proceso” (*Reflexiones constitucionales sobre el acceso a la justicia, el proceso, e la legitimación*). Estudo introdutório ao livro de Osvaldo A. Gozaini: *La Legitimación en el Proceso Civil*. Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 29).

⁸¹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.

nas páginas anteriores, não merecem adesão as restrições impostas pela doutrina e pela jurisprudência.

Passemos agora a descrever o panorama doutrinário mais consentâneo com nosso pensamento.

Gregório Assagra de Almeida entende que sempre haverá interesse social na defesa dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público, afirmando que *“sempre que houver a afirmação de direito pertinente aos interesses ou direitos individuais homogêneos, o Ministério Público poderá atuar, com o ajuizamento da respectiva ação coletiva. O que ele defende não é o interesse de cada vítima ou de seus sucessores, mas o interesse globalmente considerado que, no caso, é o interesse social, justificado para evitar a proliferação de demandas individuais, a dispersão das vítimas titulares dos direitos e o desequilíbrio jurídico decorrente da possibilidade de decisões jurisdicionais contraditórias sobre o mesmo assunto”*.⁸² Essa também é a opinião de Nelson Nery Junior⁸³ e Humberto Dalla Bernardina de Pinho⁸⁴.

Teori Albino Zavaski, em dois importantes trabalhos sobre o tema⁸⁵, possui posição mais moderada, concluindo que há interesses individuais que, considerados em seu conjunto, passam a ter significado ampliado, de resultado maior que a simples soma das posições individuais, e cuja lesão compromete valores comunitários privilegiados pelo ordenamento jurídico, e tais interesses individuais, visualizados nesta dimensão coletiva, constituem interesses sociais para cuja defesa se legitima o Ministério Público. Segundo este autor, a identificação destes interesses sociais compete tanto ao legislador como ao Ministério Público, caso a caso, mediante o preenchimento valorativo do conceito de interesses sociais, empresta expressa adesão a este entendimento. Em linhas gerais, aderem a este posicionamento, exemplificativamente, os seguintes autores: Geisa

⁸² *Ob. cit.* p. 495.

⁸³ *A ação civil pública...cit.*, p. 572.

⁸⁴ *Ob. cit.*, *passim*, especialmente p. 213 e 233.

⁸⁵ Ministério Público e defesa de direitos individuais homogêneos. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 7. São Paulo: Malheiros, 1994. Ainda: “Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos”. *Revista de Processo*, nº 78. São Paulo: RT, abril/junho de 1995.

de Assis Rodrigues⁸⁶, Alexandre Freitas Câmara⁸⁷, Marcos Antonio Maselli de Pinheiro Gouvêa.^{88, 89}, José Roberto dos Santos Bedaque⁹⁰, Kazuo Watanabe, Hugo Nigro Mazzili⁹¹, Rodolfo de Camargo Mancuso⁹², Ricardo de Barros Leonel⁹³, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁹⁴.

Apesar de os autores que defendem a ampla legitimidade do Ministério Público basearem-se em consistentes argumentos e visualizarem corretamente o fenômeno da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, pensamos que o texto constitucional exige a nota do interesse social *ou* da indisponibilidade. Não nos parece que o interesse social seja intrínseco a qualquer demanda coletiva, de modo que deve ser demonstrada sua presença nas ações que veiculem pretensões decorrentes de direitos individuais homogêneos. Estamos, portanto, de pleno acordo com as considerações dos autores por último citados e também entendemos que a legitimidade do Ministério Público se verifica a partir do interesse social previsto no art. 127 da Constituição.⁹⁵

⁸⁶ Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 76/77 e nota 221.

⁸⁷ "Tutela jurisdiccional dos consumidores". Procedimentos Especiais. Cristiano Chaves de Farias e Fredie Didier Jr, (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1108.

⁸⁸ Ob. Cit., passim.

⁸⁹ Parece ser este também o entendimento de Ricardo Negrão, embora seu texto não seja muito claro neste ponto, ora inclinando-se para uma postura mais restritiva, ora aderindo à orientação aqui exposta (Ações Coletivas – Enfoque sobre a Legitimidade Ativa. São Paulo: LEUD, 2004, p. 258/276 e 303).

⁹⁰ "Legitimidade processual e legitimidade política". Processo Civil e Interesse Público – O Processo como Instrumento de Defesa Social. Carlos Alberto de Salles (org.). São Paulo: RT/APMP, 2003, p. 108.

⁹¹ A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 15a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 86/89, aderindo ao sétimo enunciado do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, cujo teor é o seguinte: sétimo enunciado do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, que possui a seguinte redação: "*O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os que digam respeito a direitos ou garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade (v.g., dignidade da pessoa humana, saúde e segurança das pessoas, acesso das crianças e adolescentes à educação); b) nos casos de grande dispersão dos lesados (v.g., dano de massa); c) quando a sua defesa pelo Ministério Público convenha à coletividade, por assegurar a implementação efetiva e o pleno funcionamento da ordem jurídica, nas suas perspectivas econômica, social e tributária.*"

⁹² Ação Civil Pública. 6ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 100/102.

⁹³ Ob. cit. p. 190/193.

⁹⁴ Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: RT, 2001, p. 691.

⁹⁵ Na correta abordagem de Kazuo Watanabe, "*é preciso evitar que o Parquet perca a importância de sua função institucional por eventual vedetismo de qualquer de seus membros, que faça do inquérito civil ou das ações coletivas instrumentos de sua projeção pessoal ou até mesmo de alguma pressão irrazoável ou em virtude ainda da incorreta conceitualização dos interesses ou direitos 'difusos' e 'coletivos', que o leve a propor demandas que veiculem*

6.2. Panorama jurisprudencial ⁹⁶⁻⁹⁷:

O exame da jurisprudência assume especial relevo no tema da defesa dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público, em razão da diversidade das decisões e da importância do tema.

No Superior Tribunal de Justiça, inicialmente houve um entendimento de que o Ministério Público estaria legitimado para a propositura de ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos⁹⁸. Entretanto, lamentavelmente esse entendimento durou poucos meses. O mesmo Ministro, logo depois, modificou seu pensamento, no julgamento do REsp nº 57465-PR, publicado no DJ de 19/06/95, p. 18643, e a tese de que o Ministério Público não estaria legitimado para defender direitos individuais homogêneos relacionados a contribuintes, basicamente porque não são consumidores, passou a ser preponderante⁹⁹.

interesses eminentemente privados, sem qualquer relevância social. Certamente, como bem adverte Andrea Proto Pisani, não se deve restringir a legitimação do Ministério Público apenas aos casos em que esteja presente o interesse geral e indiferenciado de natureza publicística, incumbindo-lhe também a tutela dos interesses coletivos de natureza privatística. Mas não se pode ir ao extremo de permitir que o Ministério Público tutelasse interesses genuinamente privados sem qualquer relevância social (como os de condôminos de um edifício de apartamentos contra o síndico ou contra terceiros, ou os de um grupo de uma sociedade contra outro grupo da mesma sociedade, a menos que esteja inequivocamente presente, por alguma razão, o interesse social), sob pena de amesquinhaamento da relevância institucional do Parquet, que deve estar vocacionado, por definição constitucional, à defesa 'da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF)'. Demanda coletivas e os problemas emergentes da práxis forense". Revista de Processo, nº: 67. São Paulo: RT, julho/setembro de 1992, p. 16).

⁹⁶ Limitaremos nossa análise à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em razão da preeminência de suas decisões. Os acórdãos mencionados foram retirados das páginas dos Tribunais na internet, a partir do critério de pesquisa *Ministério Público e direitos individuais homogêneos*.

⁹⁷ Destaque-se que Gregório Assagra de Almeida, com total exatidão, aponta que a jurisprudência por vezes se equivoca ao trabalhar com as diversas categorias de direitos metaindividuais, confundindo os direitos individuais homogêneos com os direitos difusos ou coletivos e com repercussão no exame da legitimidade ativa (ob. cit. p. 493).

⁹⁸ Resp nº 49272-6/RS, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, DJ 17/10/1994, p. 27868 e RT 720/289, em que se encontra o seguinte trecho do voto do relator: *"apesar de se cuidar da proteção de direitos individuais, a sua origem comum recomenda a defesa de todos através de um único instrumento processual, legitimando-se o Ministério Público para o respectivo manuseio, recomendando-se a providência, não só pela relevância Social que a própria lei conferiu a esses direitos (individuais homogêneos), pelo número de pessoas que envolvem, igualando-os aos direitos coletivos, mas, ainda em face da economia processual, não se justificando o ajuizamento de inumeráveis demandas, todas com o mesmo objetivo, que encarecem a justiça e postergam a prestação jurisdicional"*.

⁹⁹ Veja-se, por exemplo, a seguinte ementa: "PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" - PRECEDENTES. - O Ministério Público não tem legitimidade para manifestar ação civil pública com o objetivo de impedir a cobrança de tributos, como as taxas de limpeza, conservação de vias e logradouros e iluminação pública, assumindo a defesa dos interesses do contribuinte. - Contribuinte e consumidor não se equivalem; o Ministério Público está legalmente autorizado a promover a defesa dos direitos do consumidor, mas não a do contribuinte. - Recurso conhecido e provido para declarar extinto o processo, sem julgamento do mérito." (RESP 284614/RJ - DJ) 26/04/2004, p.157 - Min. Francisco Peçanha Martins - T2).

Já esclarecemos que entendemos equivocada a restrição imposta pela idéia de que somente os direitos individuais homogêneos dos consumidores podem ser tutelados. Não há nada que impeça a defesa dos contribuintes.¹⁰⁰

Recentemente, a primeira turma do Superior Tribunal de Justiça modificou a orientação anterior e voltou a entender que o Ministério Público pode ajuizar ação civil pública para a defesa dos direitos dos contribuintes, passando a abordar a matéria com propriedade e na linha teórica defendida neste trabalho, lamentando-se apenas a limitação temporal¹⁰¹ imposta nos julgamentos¹⁰².

A infeliz e autoritária¹⁰³ medida provisória nº 1984, que acrescentou o parágrafo único ao art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, como já expusemos, não tem o condão de impedir a defesa dos direitos dos contribuintes por ser inconstitucional¹⁰⁴, já que desarrazoada e violadora da isonomia, ao excluir injustificadamente determinadas matérias da

¹⁰⁰ Cf. FERREIRA, William Santos. "Ação Civil Pública - Contribuinte e consumidor - Distinção - Ilegitimidade ativa *ad causam*". *Revista de Direito do Consumidor*, nº 16, RT, BARRAL, Welber. "Notas sobre a Ação Civil Pública em matéria tributária", *in RePro* nº 80, outubro/dezembro de 1995.

¹⁰¹ Lembre-se que a vedação de retrocesso abrange não só medidas retroativas, mas também prospectivas. Como assinala Ingo Sarlet, "por paradoxal que possa parecer à primeira vista, retrocesso também pode ocorrer mediante atos com efeitos prospectivos" (Princípio da proibição de retrocesso..., cit., p. 51).

¹⁰² "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. MP 2.180-35. LEI 7.347/85. ALTERAÇÃO. 1. A MP 2.180-35 introduziu o parágrafo único no art. 1º, da Lei da Ação Civil Pública, vedando a veiculação da actio civilis para a discussão de matéria tributária. 2. A MP 2.180-35 deve ser aplicada a partir de sua edição (24/08/2001), vedada a sua retroatividade que alcance as ações civis públicas promovidas antes de sua vigência. 3. *In casu*, evidencia-se que a ação civil pública foi promovida em 30/04/1997, muito antes da entrada em vigor da MP 2.180-35. 4. Recurso Especial a que se nega provimento." (RESP 505303/SC - DJ 19/12/2003, p. 339 - Min. Luiz Fux - T1). "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. DIREITOS DE CONTRIBUINTE. 1. Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público anteriormente à MP 2.180-35 de 24.08.2001. Legitimatio ativa ad causam. A legitimidade, como uma das condições da ação, rege-se pela Lei vigente à data da propositura da ação. À época da propositura vigorava no E. STJ e no E. STF o entendimento acerca da legitimação do Ministério Público, por força do art. 129, III, da CF/88, para promover qualquer espécie de ação na defesa de direitos transindividuais, nestes incluídos os direitos dos contribuintes de Taxa de Iluminação Pública, ainda que por Ação Civil Pública, cuja eficácia da decisão acerca do objeto mediato é erga omnes ou ultra partes. A soma dos interesses múltiplos dos contribuintes constitui o interesse transindividual, que possui dimensão coletiva, tornando-se público e indisponível, apto a legitimar o Parquet a velá-lo em juízo. 2. Deveras, a arguição, *in casu*, é incidental de inconstitucionalidade de norma tributária em sede de Ação Civil Pública, porquanto nesses casos a questão da ofensa à Carta Federal tem natureza de "prejudicial", sobre a qual não repousa o manto da coisa julgada. Precedente do E. STF. 3. Recurso Especial improvido." (RESP 522827/MT - DJ 19/12/2003, p. 352 Min. Luiz Fux).

¹⁰¹ Valho-me da expressão de Ada Grinover no trabalho acerca da ação civil pública como réfm do autoritarismo, já referido.

¹⁰⁴ Cf. NERY JUNIOR e NERY. *Código de Processo Civil Comentado*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 1418.

tutela coletiva. Lembre-se uma vez mais do princípio da vedação do retrocesso. Há uma indevida – inconstitucional – limitação do direito fundamental do acesso à justiça¹⁰⁵ -¹⁰⁶.

•O Superior Tribunal de Justiça, em outros julgamentos, não vem restringindo a defesa dos direitos individuais homogêneos apenas às relações de consumo. Na síntese realizada por João Batista de Almeida¹⁰⁷, o Superior Tribunal de Justiça acolheu a tese de existência de relevância social nas seguintes hipóteses: taxa de iluminação pública, aumento abusivo de mensalidades escolares, reajuste de 147% para os aposentados, nulidade de cláusula abusiva, trabalhadores submetidos a condições insalubres em minas, decretação de nulidade de concurso público, planos de saúde, correção monetária de prestação para a aquisição de imóveis, proteção do direito ao salário mínimo para servidores municipais, entre outros. Não reconheceu relevância social nos seguintes temas: aquisição de lotes financiados pela Cohab, IPTU, vale-transporte, taxa de iluminação pública entre outros.

A primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, apesar da diversidade de tendências encontrada no Tribunal durante os anos, parece definitivamente haver identificado a correta interpretação que se deve dar para o tema da legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos.¹⁰⁸ Entretanto,

¹⁰⁵ Cf, ainda, o trabalho de João Batista de Almeida: "Ação Civil Pública em matéria tributária – reflexões sobre a posição do STF e a medida provisória 1.984", in *Revista do Direito do Consumidor*, nº 40, RT.

¹⁰⁶ Cf., LEONEL, Ricardo de Barros. Ob. cit., p. 178/179.

¹⁰⁷ *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*, São Paulo: RT, 2002, p. 34/35.

¹⁰⁸ Confira-se mais esta ementa: "PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI 7.347/85. LEI 8.625/93. DEFESA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. USUÁRIOS. SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. MORTES DE NEONATOS POR SEPTICEMIA. 1. É cediço na Corte que o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante (Precedentes). 2. In casu, o Ministério Público do Estado de Roraima propôs ação civil pública contra o Estado de Roraima para condená-lo a indenizar os usuários do serviço público de saúde prestado pelo Hospital-Materno Infantil Nossa Senhora de Nazaré desde o ano de 1994, pelos prejuízos de cunho material, consistentes nos danos emergentes e lucros cessantes, e pelos danos morais, na conformidade daquilo que cada um deles, individual e posteriormente, vier a demonstrar em decorrência de que muitos usuários, dentre eles vários nascituros, faleceram por deficiência de assepsia material e/ou humana no referido hospital. 3. Isto por que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 4. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa de direitos difusos e coletivos não se limitando à ação de reparação de danos. 5. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do

ainda não se pode dizer que a jurisprudência de todo o Superior Tribunal de Justiça tenha uma tendência uniforme.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, nas poucas vezes em que examinou a matéria, conferiu relevância social apenas ao tema de cobrança abusiva de mensalidades escolares – tanto que editou a súmula de sua jurisprudência dominante nº 643: *o Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares* - não reconhecendo essa característica no exame de matéria tributária (IPTU e taxa de iluminação pública).

Em matéria tributária, o Supremo Tribunal Federal realizou seu primeiro julgamento em 1999 e não reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a defesa coletiva de direitos dos contribuintes¹⁰⁹. As mesmas críticas formuladas quando do exame da jurisprudência

cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatío ad causam* do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo. 6. Em consequência, legitima-se o Parquet a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade). 7. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 8. Precedentes do STJ: AARESP 229226/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 07/06/2004; RESP 183569/AL, deste relator, Primeira Turma, DJ de 22/09/2003; RESP 404239/PR; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 19/12/2002; ERESP 141491/SC; Rel. Min. Waldemar Zveiter, Corte Especial, DJ de 01/08/2000. 9. Nas ações que versam interesses individuais homogêneos, esses participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despersonalização desses interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais. 10. A assertiva decorre do fato de que a ação não se dirige a interesses individuais, mas a coisa julgada em utilibus poder ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria. 11. A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações. 12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido" (RESP 637332/RR - Rel. Min. Luiz Fux - DJ 13.12.2004, p. 242).

¹⁰⁹ "Constitucional. Ação Civil Pública. Impostos: IPTU. Ministério Público: legitimidade. Lei 7374/85, art. 1º, II e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8625, de 1993, art. 25; CF, arts. 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 direitos ou interesses estiverem na situação ou condição de consumidores ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 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. CF, 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, nem seria possível identificar o direito do contribuinte com 'interesses sociais e individuais indisponíveis' (CF, art. 127, *caput*). (RE 195.056-1-PR, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, j. 09.12.99, v. m., decisão publicada no DJ de 17.12.1999, acórdão ainda não publicado. No mesmo sentido, em caso envolvendo taxa de iluminação pública, RE 213.631-MC, tribunal Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 09.19.99, v. m., DJ07.04.2000).

dência restritiva do Superior Tribunal de Justiça podem aqui ser repetidas.

Merece destaque o já citado voto do Min. Sepúlveda Pertence no RExt. 195.056-1/PR. Após consignar que *“o que reputo de maior relevo, no contexto do art. 127 [CF], não é o de incumbir a instituição [do Ministério Público] a defesa dos interesses indisponíveis, mas, sim, a dos interesses sociais”*, já que *“a eventual disponibilidade pelo titular de seu direito individual, malgrado sua homogeneidade com o de outros sujeitos, não subtrai o interesse social acaso existente na sua defesa coletiva”*, e, apontando para o critério do interesse social segundo a Constituição, ressalva que no caso concreto não vislumbra esse interesse social, embora a matéria tributária por si só impeça o ajuizamento da ação coletiva pelo Ministério Público.

Pensamos que as ponderações do Min. Sepúlveda Pertence bem demonstram a dimensão dos limites da atuação do Ministério Público. São irrelevantes, diante do sistema constitucional, os aparentes limites impostos pelo legislador infraconstitucional e a disponibilidade do direito individual. Lamenta-se apenas que, no caso sob julgamento, o ministro tenha entendido que questões tributárias não possuem interesse social e tenha negado legitimidade ao Ministério Público¹¹⁰.

Vê-se, portanto, que grassa certa confusão na jurisprudência, mormente no que se refere à limitação da ação coletiva para a defesa dos direitos individuais homogêneos apenas se houver relação de consumo. Embora haja decisões favoráveis à ampla legitimidade do Ministério Público, predominam as decisões mais restritivas e o pa-

¹¹⁰ José Roberto dos Santos Bedaque também critica a conclusão do Ministro, afirmando que, *“embora concorde integralmente com toda fundamentação desenvolvida, não se pode aceitar a conclusão de que, em caso de tributo, o interesse social reside na tributação e não na não-tributação. Parece-me que tal afirmação não está correta e aparentemente foi isso que ele disse: ‘Predomina o interesse social na cobrança de tributos’. Não predomina coisa nenhuma [...] Não me parece legítimo retirar do Ministério Público, que está defendendo a legítima cobrança de um imposto constitucional e a legítima exclusão de um imposto inconstitucional, para toda uma população, a possibilidade de levar ao Poder Judiciário esse interesse individual homogêneo dos contribuintes lesados. Eu vejo aí um interesse social, público, não pela quantidade de pessoas, é pela natureza da situação e evidentemente por alcançar toda uma coletividade. Ai, me parece que falhou o Min. Sepúlveda Pertence, com toda a sua autoridade e competência. Extraiu uma conclusão errada das premissas e dos fundamentos corretos que desenvolveu”* (Legitimidade... cit. p. 109).

norama jurisprudencial que se nos apresenta tende ao conservadorismo¹¹¹.

7. A defesa coletiva dos direitos dos idosos pelo Ministério Público

A partir dos subsídios teóricos dos itens anteriores, trataremos especificamente da tutela coletiva dos direitos dos idosos pelo Ministério Público. Não será nosso propósito inventariar todos os temas que possam ser objeto de atuação do Ministério Público - até porque isso seria impossível diante da dinamicidade dos fatos -, mas apenas apontar algumas possibilidades de atuação. Além disso, abordaremos algumas especificidades do Estatuto do Idoso no que se refere ao processo coletivo.

O Estatuto do Idoso, no art. 74, I, conferiu atribuição ao Ministério Público para instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso. Esse dispositivo poderia até mesmo ser considerado desnecessário, já que reproduz, em nossa opinião, o que já estabelece a Constituição. Ou seja, mesmo que não houvesse esse dispositivo, ou mesmo que inexistisse o Estatuto do Idoso, o Ministério Público estaria legitimado para a tutela dos direitos metaindividuais e individuais indisponíveis dos idosos¹¹².

Entretanto, em face da existência das interpretações restritivas que descrevemos em itens anteriores, a norma do Estatuto do Idoso assume particular importância, já que explicita, de maneira

¹¹¹ Chega a ser intuitivo que o descompasso entre o Ministério Público e o Judiciário prejudica o acesso à justiça. É evidente que não se propugna uma parceria automática entre ambos, o que acabaria por desnaturá-los, mas nos parece que não se justificam as restrições impostas pelo Judiciário às ações coletivas, mormente no que se refere à legitimidade para agir. Ao analisar a atuação do Ministério Público nos estados, a professora Maria Tereza Sadek, com base em sua longa experiência nas pesquisas no IDESP (Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo), concluiu que *"o que distingue o estado gaúcho é muito mais o comportamento cooperativo do Judiciário do que apenas o trabalho do Ministério Público"* ("Cidadania e Ministério Público". *Justiça e Cidadania no Brasil*. Maria Tereza Sadek (org.). São Paulo: Sumaré, 2000, p. 21).

¹¹² Não se quer dizer com isso que o Estatuto do Idoso não tenha importância normativa, já que, além de sua função simbólica, diversos direitos materiais foram agora reconhecidos. Nossa afirmação sobre a desnecessidade do Estatuto limita-se à legitimidade ativa do Ministério Público, a partir da interpretação que fazemos do texto constitucional. De todo modo, em matéria de legitimidade do Ministério Público, o Estatuto do Idoso possui importante papel didático.

bastante didática, que o Ministério Público é legitimado para a defesa de direitos individuais homogêneos dos idosos, sendo que a redação do dispositivo foi feliz ao não vincular o conceito de direitos individuais homogêneos com a nota da indisponibilidade. Em suma, esse dispositivo consagra a posição defendida nos itens anteriores e espera-se que com a explícita consagração normativa, ao menos no que se refere aos idosos, a jurisprudência não amesquinhe a tutela dos direitos.¹¹³

Vejamos agora algumas hipóteses em que se revela possível e necessária a atuação do Ministério Público na tutela coletiva dos direitos dos idosos.

A omissão administrativa é campo fértil para as ações coletivas¹¹⁴ e o Ministério Público poderá ajuizar diversas ações que visem a obrigar a atuação do poder público em favor dos direitos dos idosos¹¹⁵. Assim, poderá ser ajuizada ação coletiva para que sejam construídas entidades públicas de abrigo para idosos¹¹⁶; ação coletiva visando a um adequado tratamento de doenças crônicas que atinjam idosos (art. 79, I e II, do Estatuto do Idoso)¹¹⁷; ação coletiva para

¹¹³ Ainda acerca da legitimidade do Ministério Público, é necessário lembrar que o Estatuto do Idoso, no art. 81, §1º, permite o litiscôncio entre Ministérios Públicos, de modo que não incidirá aqui a mesma controvérsia que se deu em razão do veto ao parágrafo segundo do art. 82 do Código do Consumidor. Sobre a ineficácia de tal veto: WATANABE. *Ob. cit.*, p. 831/833.

¹¹⁴ O controle jurisdicional da administração pública é tema dos mais controvertidos. Ultimamente o assunto vem despertando a atenção dos estudiosos e, além das obras coletivas citadas ao longo deste trabalho, que sempre trazem artigos referentes ao tema, vale lembrar uma obra de referência: GOUVÊA, Marcos Antônio Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, *passim*.

¹¹⁵ O art. 9º do Estatuto do Idoso dispõe o seguinte: “É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”.

¹¹⁶ “Constitucional. Ação Civil Pública. Estatuto do Idoso - lei n.º 10.741/03. Município de Agudo. Construção de abrigo para idosos pelo município. Procedência na origem. Obrigação municipal, no entanto, condicionada a previsão orçamentária. Multa afastada. 1. Tendo o Município a obrigação constitucional e legal de edificar abrigo para seus idosos com base no artigo 230 da Constituição Federal e artigos 3º e 46, do Estatuto do Idoso, é de manter-se a decisão judicial nesse sentido. 2. No entanto, essa obrigação deve ficar condicionada à previsão orçamentária que é o instrumento de concretude das políticas públicas e que envolve a receita e a despesa municipal. 3. Preliminar afastada. Apelação provida. Sentença reformada, em reexame necessário. (Apelação em Reexame Necessário Nº 70008257388, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Wellington Pacheco Barros, julgado em 26/05/2004).

¹¹⁷ O art. 15 do Estatuto do Idoso dispõe que “É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos”.

fornecimento de medicamentos¹¹⁸; ação coletiva para efetivar o direito à educação do idoso¹¹⁹; ação coletiva para garantir adequada locomoção para os idosos (acessibilidade), conforme art. 38, II e III, do Estatuto do Idoso, etc.

O acesso ao lazer e à cultura também é tema que merece a atuação do Ministério Público, valendo lembrar que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a legitimidade da instituição para o ajuizamento de ação coletiva visando a garantir o ingresso de aposentados gratuitamente em estádios de futebol, sob o fundamento de que o lazer¹²⁰ dos idosos possui relevância social.¹²¹

Outra área de atuação importante do Ministério Público para a tutela coletiva dos direitos dos idosos é a fiscalização de entidades de atendimento, asilos e abrigos para idosos. Constatando irregularidades, e não havendo meios de saná-las, deve o Ministério Público ajuizar ação coletiva para suspensão das atividades ou a dissolução da entidade (art. 55, § 3º, do Estatuto do Idoso), podendo inclusive pleitear reparação por danos morais para os idosos residentes. A prática vem demonstrando que diversos asilos não possuem condições mínimas para o acolhimento de idosos e a atuação do Ministério Público está sendo fundamental para o resguardo dos direitos dos abrigados. Note-se que as entidades de atendimento prestam serviços (art. 35 do Estatuto do Idoso) e, portanto, enquadram-se também nas regras do Código do Consumidor¹²², o que, entre outras conseqüências, pode

¹¹⁸ O art. 15, § 2º, do Estatuto do Idoso dispõe que "incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação".

¹¹⁹ O art. 21 do Estatuto do Idoso dispõe que "o Poder Público criará oportunidades de acesso do idoso à educação, adequando currículos, metodologias e material didático aos programas educacionais a ele destinados".

¹²⁰ O art. 23 do Estatuto do Idoso estabelece que as atividades de cultura e lazer deverão ter pelo menos de cinquenta por cento de desconto nos preços dos ingressos para os idosos.

¹²¹ *Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade. Ingresso gratuito de aposentados em estádio de futebol. Lazer. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesse coletivo dos aposentados que tiveram assegurado por lei estadual o ingresso em estádio de futebol. O lazer do idoso tem relevância social, e o interesse que dele decorre à categoria dos aposentados pode ser defendido em juízo pelo Ministério Público, na ação civil pública* (TRESP 242643/SC – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - DJ 18.12.2000, p.00202).

¹²² Interessante registrar que, antes da vigência do Estatuto do Idoso, o Ministério Público, no esforço para tutelar os direitos dos idosos, fundamentava suas ações coletivas para o fechamento de entidades asilares quase que exclusivamente nos direitos do consumidor. Em determinada ocasião, o Ministério Público do Rio de Janeiro, por meio do Promotor de Justiça Alexander Araújo de Souza, teve conhecimento de entidade asilar que deixava idosos doentes e sujeitos ao relento, que possuía todos os banheiros sem a mais elementar limpeza, que fornecia alimentos em estado de putrefação, entre outras barbaridades, valeu-se do Código do Consumidor para requerer a interrupção do

ser interessante no caso de ser pleiteada alguma indenização e haver necessidade de desconsideração da personalidade jurídica.

De todo modo, não obstante a prática comprovar que a atuação do Ministério Público na fiscalização das entidades de atendimento é fundamental, a medida do fechamento ou dissolução da entidade deve ser considerada excepcional, inclusive porque os idosos abrigados podem não ter outro local apto que os acolha imediatamente. A ponderação e a adequação à realidade de cada comarca se fazem mais presentes do que nunca em questões asilares. Outras peculiaridades referentes aos asilos, casas geriátricas e unidades de atendimentos e que, na medida do possível, merecem atenção quando do ajuizamento de ações coletivas são as seguintes: a) freqüentemente o asilo está instalado em casarões antigos que possuem valor histórico e, em razão disso, não podem receber todas as adaptações necessárias para a segurança e conforto dos idosos sem descaracterizações arquitetônicas. Note-se que estamos diante de conflitos entre direitos¹²³ transindividuais que deverão ser compatibilizados de acordo com o caso concreto, sem que haja sacrifício exclusivo de um deles; b) dadas as especificidades dos estabelecimentos asilares, é de todo conveniente que as ações coletivas sejam instruídas com dados multidisciplinares, como laudos sanitários, estudos sociais etc., o que reforça a idéia de que os Ministérios Públicos devem cada vez mais se preocupar com a formação de

funcionamento da entidade, além de pedir a condenação ao pagamento de danos materiais e morais, inclusive com a desconsideração da personalidade jurídica dos sócios (referida ação civil pública foi publicada na íntegra na *Revista do Ministério Público* – órgão cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 16, julho/dezembro de 2002, p. 215/231). O Estatuto do Idoso veio, portanto, robustecer a atuação do Ministério Público.

¹²³ O conflito entre direitos fundamentais vem merecendo atentos estudos, cuja complexidade foge completamente aos limites deste estudo, já que, apenas para situar a discussão, seria necessário tratar das conquistas recentes da argumentação jurídica e da hermenêutica, além da teoria dos direitos fundamentais. Sobre o tema, é impossível não fazer referência aos estudos de Robert Alexy, em especial sua obra *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Tradução espanhola do original *Theorie der Grundrechte* feita por Ernesto Garzón Valdés e revista por Ruth Zimmerling, Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001, especialmente p. 87/114). O princípio da proporcionalidade é fundamental para solucionar o conflito entre bens jurídicos e, a partir dos trabalhos de Paulo Bonavides e Willis Santiago Guerra Filho, a doutrina brasileira vem se familiarizando com seu estudo. Sobre o princípio da proporcionalidade, recentemente foi editado um denso estudo: PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2003, *passim*. Na doutrina brasileira há um livro que em poucas páginas faz uma resenha de todo o problema e ainda apresenta contribuições originais: ÁVILA, Humberto. *Teoría dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003. Segundo Sergin Cruz Arenhart, a tutela coletiva é um campo próprio para o confronto de direitos relevantes (*Perfis da Tutela Inibitória Coletiva, cá.*, p. 177/184).

quadros técnicos próprios para o suporte dos Promotores e Procuradores; c) deve haver uma atenção especial com o recebimento de pensões ou benefícios pecuniários pelos idosos abrigados, já que é comum que algum funcionário ou sócio da própria entidade possua procuração ou seja curador dos abrigados, de modo que pode haver interrupção dos pagamentos; d) pelo mesmo motivo da alínea anterior, deve ser incluído na ação coletiva pedido acerca de eventual apropriação indevida de bem móvel (o que inclui seus benefícios pecuniários) de idosos; e) como invariavelmente há tratamento inadequado aos idosos pelas entidades réis em ações coletivas, é viável a inclusão de pedido de dano moral coletivo; f) não raro as cidades do interior possuem apenas um estabelecimento asilar, normalmente privado, de modo que a atuação do Ministério Público deverá também se dar junto ao Poder Público, a fim de viabilizar a remoção dos idosos, caso tal medida seja necessária.

A tutela coletiva dos direitos dos idosos pelo Ministério Público também se mostra bastante efetiva nas relações de consumo, especialmente no que se refere aos contratos de prestação de serviços em entidades de atendimento e de planos de saúde¹²⁴, inclusive com

¹²⁴ Confira-se o seguinte julgado: *"PLANO DE SAÚDE. MAJORAÇÃO. NULIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL QUE CONTEMPLA A MAJORAÇÃO TÃO-SOMENTE COM BASE NO IMPLEMENTO DA IDADE. ESTATUTO DO IDOSO. Impossibilidade de retroagir por chocar-se justamente com uma das hipóteses em que esta é vedada pelo artigo 5, inciso XXXVI, da Constituição Federal, uma vez que restaria atingido o ato jurídico perfeito. Tal não significa não seja possível a adoção de solução de cunho protetivo ao idoso e também consumidor, notadamente porque esta encontra suporte da Constituição Federal, em especial nos artigos 230 (Princípio de Amparo aos Idosos), 5, inciso XXXII e 170, V (os dois últimos dizendo respeito à proteção ao consumidor), fazendo-se, então, incidir, o Código de Defesa do Consumidor. É certo que se mostra possível argumentar, em defesa da tese da ré, com o Princípio da Livre Iniciativa que tem por suporte os artigos 170 e 199 da Constituição Federal. Tal antinomia, entretanto, resta suplantada diante da hierarquização axiológica de tais Princípios, adotando-se aqueles que se revelam dominantes ou que atendam a um Princípio Superior. Quer parecer, assim, que tal colidência se pode solver com o Princípio da Dignidade (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), impondo-se considerar que a adequada proteção ao idoso e ao consumidor tem estreita ligação com a própria dignidade enquanto objetivo do Estado Democrático de Direito. O reajustamento da contraprestação em razão da faixa etária pelo implemento da idade de 70 anos pelo triplo de seu valor base, circunstância que, de forma concreta, deixa estampada a abusividade da aludida cláusula contratual que praticamente inviabiliza a permanência do consumidor que vinha contribuindo por considerável período de tempo, como se fosse possível, com o avançar da idade e quando mais se revela necessária a utilização do serviço, valer-se de estratégia que revela inconfessada intenção discriminatória em relação ao idoso, cuja roupagem, apenas esta, se revela lícita, porque o seu fim, as escárnias, faz tabula rasa, a um só tempo e sem qualquer cerimônia, dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e de Amparo aos Idosos (artigos 1º, inciso III e 230 da Constituição Federal), assim como do disposto no artigo 51, inciso IV, do CDC. Tal cláusula, na realidade, que com larga antecedência contempla tão elevado reajuste é verdadeira válvula de escape para, com a inviabilização do plano sob o ponto de vista econômico ao consumidor, descartá-lo porque não mais convém alcançar assistência a quem se encontra mais suscetível, via de regra, às doenças, porque pessoas, principalmente os idosos, considerado um critério exclusivamente financeiro, também são descartáveis, tal como se não mais fosse possível envelhecer com dignidade,*

pedido de reparação de dano moral coletivo¹²⁵, dependendo da hipótese. Para a discussão das cláusulas contratuais de planos de saúde a legitimidade do Ministério Público é tranqüila, em razão do que já dispõe o Código do Consumidor, vindo o Estatuto do Idoso apenas incrementar essa atribuição¹²⁶.

Para a garantia de transporte gratuito dos idosos, na forma do disposto no art. 230 da Constituição e dos arts. 39/40 do Estatuto do Idoso, a ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público tem se mostrado importante instrumento, embora o Superior Tribunal de Justiça venha sistematicamente negando esse direito.¹²⁷ São diversas as ações coletivas ajuizadas pelos Ministérios Públicos dos Estados e também pelo Federal, já que as empresas de transporte – todas concessionárias de serviço público, vale ressaltar, apesar do truísmo, para incrementar o absurdo da situação – são contumazes violadoras dos direitos dos idosos.

7.1. A questão previdenciária

A legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações que cuidam de benefícios previdenciários sempre nos pare-

vorque, afinal, a Constituição, como já advertira Pontes de Miranda, é muito mencionada, pouco lida e sequer aplicada. "(Recurso Cível Nº 71000569467, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais - Jec, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em 06/10/2004).

¹²⁵ SCHMITT, Cristiano Heineck. "Indenização por dano moral do consumidor idoso no âmbito dos contratos de planos e de seguros privados de assistência à saúde". *Revista de Direito do Consumidor* nº 51. São Paulo: RT, julho/setembro de 2004, p. 131/153.

¹²⁶ "Processual civil. Recurso especial. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Planos de saúde. O Ministério Público detém legitimidade para a propositura de ação civil pública com o fito de obter pronunciamento judicial acerca da legalidade de cláusulas constantes de contrato de plano de saúde. A legitimação extraordinária justifica-se pelo relevante interesse social e pela importância do bem jurídico a ser tutelado." (STJ - RESP 208068/SC - Rel. Min. Nancy Andrighi - DJ08.04.2002, p. 208).

¹²⁷ "Suspensão de Segurança. Indeferimento. Agravo Regimental. Estatuto do Idoso. Transporte Coletivo. Reserva de Vagas e Descontos. Lesão à Ordem Jurídica, Administrativa e Econômica. Interesse Público. Equilíbrio Financeiro-Econômico dos Contratos. 1. De lesão à ordem jurídica não se há falar na excepcional via da suspensão de liminar ou de segurança, cujo resguardo se acha assegurado na via recursal própria (Suspensões de Segurança nº 909, 917 e 924). 2. Ao estabelecer um serviço de transporte de natureza assistencial em favor dos idosos de baixa renda o legislador exigiu, como condição de eficácia do dispositivo, a edição de legislação específica para regulamentar sua execução na integralidade. Inexistente esta, não se fala em eficácia do dispositivo legal. 3. O serviço de transporte coletivo rodoviário se realiza por ações de empresas mediante contratos de concessão, permissão ou autorização firmados com o Poder Público. São portanto contratos administrativos nos quais, desde a celebração, deve estar prevista a forma de ressarcimento, pelo Estado, das despesas da empresa na execução do serviço público. 4. Agravo Regimental não provido." (AgRg na SS 1411/DF - Rel. Ministro Edson Vidigal - Corte Especial - DJ06.12.2004, p. 178. No mesmo sentido: AgRg na SS 1404 / DF DJ 06.12.2004 p. 177).

ceu evidente, tendo em vista o inequívoco interesse social presente em tais situações. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, modificando entendimento anterior¹²⁸, passou a negar legitimidade ao Ministério Público sob o argumento de que se trata de ações para a defesa de direitos individuais homogêneos, sem que haja relação de consumo¹²⁹.

Como já demonstrado nos itens antecedentes, esse raciocínio é completamente equivocado, já que os direitos individuais homogêneos não estão confinados às relações consumeristas. Além disso, é incorreta a generalização que faz o Superior Tribunal de Justiça, ao considerar que ações coletivas que cuidam de matéria previdenciária tutelam sempre – e apenas – direitos individuais homogêneos. A pretensão veiculada na ação é que revela qual o direito está sendo tutelado e não a matéria que é discutida.

Um exemplo para ilustrar o afirmado: se a ação se limita a pleitear a revisão de benefícios previdenciários pelos índices legais, trata-se de direitos coletivos; caso haja pedido de restituição do que foi pago indevidamente por erro de cálculo, tratar-se-á de direitos individuais homogêneos. Ou seja: o simples fato de se tratar de matéria previdenciária não significa que estejamos diante de direitos individuais homogêneos¹³⁰.

¹²⁸ "Processual Civil. Ação Civil Pública. Direitos Individuais Homogêneos. Interesse Público. Ministério Público Federal. O Ministério Público possui legitimidade para propor ação coletiva visando a proteger o interesse, de todos os segurados que recebiam benefício de prestação continuada do INSS, pertinente ao pagamento dos benefícios sem a devida atualização, o que estaria causando prejuízo grave a todos os beneficiários. Sobre as atribuições dos integrantes do Ministério Público, cumpre asseverar que a norma legal abrange toda a amplitude de seus conceitos e interpretá-la com restrições seria contrariar os princípios institucionais que regem esse órgão". (RESP 211019/SP – Rel. Min. Felix Fischer - DJ08.05.2000, p. 112).

¹²⁹ "Agravamento Regimento. Processual Civil e Previdenciário. Ação Civil Pública. Revisão de Benefício Previdenciário. Direitos Individuais Disponíveis. Ausência de Relação de Consumo entre o INSS e o Segurado. Ministério Público Federal. Legitimidade Ativa "Ad Causam". A *questão* objeto da ação civil pública diz respeito a direito que, conquanto pleiteado por um grupo de pessoas, não atinge a coletividade como um todo, não obstante apresentar aspecto de interesse social. Sendo assim, por se tratar de direito individual disponível, evidencia-se a inexequibilidade da defesa de tais direitos por intermédio da ação civil pública. Destarte, as relações jurídicas existentes entre a autarquia previdenciária e os segurados do regime de Previdência Social não caracterizam relações de consumo, sendo inaplicável, *in casu*, o disposto no art. 81, III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Ressalva do entendimento do Relator. Agravo regimental desprovido." (AGRESP 502610/SC – Rel. Min. Felix Fischer - DJ 26.04.2004, p. 00196). Tratando-se de previdência privada, o STJ, corretamente, reconheceu legitimidade ao Ministério Público em razão do interesse social (Resp 439509/SP – Rel. Min. Barros Monteiro – DJ 30/08/04, p. 292).

¹³⁰ "O que importa para os fins da tutela jurisdicional é o que o autor da demanda coletiva traz para o processo. Vale dizer, o seu objeto litigioso. [...] É na transposição do conflito de interesses do plano extraprocessual para o processual e na formulação do pedido de provimento jurisdicional que são cometidos vários equívocos. A tutela de interesses 'coletivos' tem sido tratada, por vezes, como tutela de interesses ou direitos 'individuais homogêneos', e a de interesses ou direitos 'coletivos', que por definição legal são de natureza indivisível, tem sido limitada a um determinado segmento geográfico da sociedade, com uma inadmissível atomização de interesses ou direitos de natureza indivisível" (WATANABE, Kazuo. Ob. Cit., p. 810).

De todo modo, mesmo incidindo em lamentável erro ao desprezar o objeto litigioso na análise da natureza do direito tutelado, o Superior Tribunal de Justiça comete pior equívoco ao negar legitimidade ao Ministério Público, desconsiderando o disposto nos arts. 127 e 129, III e IX, da Constituição. Realmente, o interesse social está intrínseco nas questões previdenciárias¹³¹, o que faz com que haja uma legitimidade *in re ipsa* do Ministério Público para ajuizar ações coletivas em defesa dos direitos dos segurados.¹³²

Se já nos parecia plenamente possível o ajuizamento de ações coletivas pelo Ministério Público em questões previdenciárias, a edição do Estatuto do Idoso torna indiscutível a matéria, já que, além de prever uma série de direitos previdenciários, expressamente confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos dos idosos. Aliás, se a partir do Estatuto do Idoso o Superior Tribunal de Justiça continuar desprezando a Constituição e mantiver seu entendimento de que os direitos individuais homogêneos só podem ser tutelados quando houver lei expressa, será obrigado a excluir do âmbito de eficácia subjetiva da decisão coletiva todos os segurados da previdência que não forem idosos, o que configurará uma situação no mínimo desarrazoada, para não dizer esdrúxula.

Todos esses fatores demonstram que a questão deve ser resolvida com maior simplicidade: o Ministério Público possui legitimidade para o ajuizamento de ações que tutelem direitos previdenciários porque está constitucionalmente autorizado para tanto, seja porque se trata de direitos coletivos, seja em razão do

¹³¹ Lembre-se que, além de a previdência ser um direito social e os benefícios previdenciários constituírem na única fonte de renda de aproximadamente metade dos idosos, o impacto das oscilações dos benefícios atinge famílias inteiras que dependem exclusivamente da renda do segurado. Com razão aponta-se que "o perfil do sistema previdenciário construído hoje influirá na distribuição futura da renda das famílias" (CAMARANO, Ana Amélia. KANSO, Solange. MELLO, Juliana Leirão e. "Como vive o idoso brasileiro?" *Os Novos Idosos Brasileiros – muito além dos 60?* Ana Amélia Camarano (org.). Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 70). Na previdência rural, dois terços dos benefícios são pagos a idosos, sendo que 88% desse grupo tem o benefício previdenciário como meio de subsistência garantido para suprir as necessidades vitais dos idosos e de sus dependentes (DEL GADO, Guilherme C. CARDOSO JR., José Celso. "O idoso e a previdência rural no Brasil: a experiência recente da universalização". *Os Novos Idosos Brasileiros – muito além dos 60?* Ana Amélia Camarano (org.). Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 295/296).

¹³² Ressalve-se uma vez mais que a limitação constante no parágrafo único do artigo primeiro da Lei da Ação Civil Pública não pode ser considerado óbice para o ajuizamento de ações coletivas, em razão de sua flagrante inconstitucionalidade, já demonstrada em páginas anteriores

inegável interesse social legitimador da tutela de direitos individuais homogêneos¹³³.

¹³³ Dois recentes julgados bem ilustram nosso posicionamento na matéria e apontam para o caminho correto a ser seguido pela jurisprudência. Pela precisão dos fundamentos, vale transcrever as ementas, posto que longas: *“Processual Civil. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Reajustamento de Benefício Previdenciário. Legitimidade do Ministério Público. 1. Agravo regimental interposto contra negativa de efeito suspensivo a agravo de instrumento manejado contra decisão judicial que, nos autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público, deferiu liminar, determinando o recálculo de todos os benefícios previdenciários - concedidos ou mantidos, no território de Pernambuco, entre fevereiro de 1994 e fevereiro de 1997 - dos segurados da previdência social, cuja renda mensal inicial tiver sido ou houver de ser calculada, computando-se os salários-de-contribuição referentes a fevereiro de 1994, corrigindo-os pelo valor integral do IRSM de fevereiro de 1994, no percentual de 39,67%, bem como a implantação das diferenças positivas. Discussão que se encerra, sobretudo, na legitimidade do parquet para o ajuizamento de ações civis públicas concernentes a reajustamento de benefícios previdenciários. 2. [...] O Objeto da ação (correção do benefício da previdência social) e os titulares do interesse (representados na maior parte por pessoas idosas), ao lado da dimensão subjetiva (quantidade de sujeitos de direito envolvidos) atingida pelos efeitos da negativa da autarquia previdenciária, confirmam a legitimidade ministerial para o seu ajuizamento.[...] 3. A natureza das atribuições determinadas como de competência do órgão ministerial, a dimensão de sua responsabilidade, a pluralidade de categorias e temáticas em relação às quais detém incumbências de particular seriedade, o poder investigativo, fiscalizador e determinante de que foi dotado esse agente - constitucionalmente qualificado pela sua essencialidade à função jurisdicional do estado - impõem seja admitido, com largueza, o exercício de ações coletivas pelo Ministério Público, não sendo aceitáveis, em sentido oposto, interpretações restritivas ou inibidoras. 4. Ao Ministério Público se confere o dever de salvaguarda, não apenas dos direitos ditos indisponíveis, mas também dos interesses socialmente relevantes, independentemente da indisponibilidade que os grave ou não, ou seja, das pretensões que se reconheçam com repercussão ou reflexo na coletividade considerada em conjunto. [...] ao Ministério Público não se pode deixar de reconhecer a sua responsabilidade na promoção de direitos e reivindicações que, embora com titulares identificados ou identificáveis, têm acentuada conotação social, seja pela natureza do objeto pretendido, seja pela qualidade distintiva de certa categoria, cujas necessidades sejam discernidas pela própria sociedade como precisões de índole coletiva ou animadas em cuidado especial restaurador de equilíbrio indispensável diante das dificuldades vivenciadas em relação à própria inserção social. 5. [...] O Ministério Público postula o recálculo dos benefícios previdenciários percebidos por todos os segurados da previdência social no estado de Pernambuco, com a aplicação do IRSM de fevereiro de 1994 aos salários-de-contribuição. Está em discussão o relevante direito social à previdência social, constitucionalmente concebido, ex vi do art. 7º, caput, da CF/88, entendendo-se por direito social à previdência social também o direito à percepção dos benefícios devidamente calculados e corrigidos, segundo os ditames legais, de forma capaz a garantir a satisfação de todas as necessidades de subsistência que se associam a esses valores. [...] 7. Está sendo postulado direito de pessoas que se enquadram, em sua maioria, no conceito de idoso. A situação etária, se assim se pode denominar, tem recebido atenção particularizada nos dias atuais. A edição da lei que determinou a tramitação privilegiada dos processos em virtude da idade dos postulantes (lei nº 10.173, De 09.01.2001), assim como do Estatuto do Idoso (lei nº 10.741, de 01.10.2003), são sinais dessa preocupação com as peculiaridades das necessidades que passam a integrar a vida das pessoas com idade avançada. Não poderia ser diferente. A anciandade traz consigo um quadro especial, especialidade que, como já dito, faz assemelhar essa situação às que caracterizam os que se enquadram como crianças, índios, consumidores. Diz-se que “não só se faz necessária a luta para implementar os ‘novos’ direitos da terceira idade previstos na constituição atual, mas, sobretudo, para apoiar o fortalecimento de instituições como o Ministério Público, a quem compete uma atuação mais efetiva na consecução da cidadania dos idosos” (WOLKMER e LEITE). 8. Não se mostra conforme aos princípios da razoabilidade, da economia processual e também da isonomia entender pela ilegitimidade do Ministério Público, impelindo todos os segurados prejudicados a ajuizarem ações individuais, gerando acúmulo de demandas que, pela identidade de discussão, poderiam e deveriam ter a mesma solução. [...]” (TRF-5ª Região. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 53411 - Rel. Des. Francisco Cavalcanti - DJ 01/06/04, p. 416. Os destaques são nossos. Apesar de concordarmos com o teor do julgamento, ressaltamos que, em nossa opinião, a ação tutelou direitos coletivos e não direitos individuais homogêneos). *“Processo Civil. Previdenciário. Agravo de Instrumento e Regimental. Tutela Antecipada. Ação Civil Pública. Legitimidade do Ministério Público. Revisão de Benefício. IRSM de Fevereiro de 1994. Risco de Dano. Ausência. - Considerando que o tema referente à titularidade ativa da ação manejada em primeiro grau tem assento constitucional (arts. 127, caput e 129, III) e que a última palavra pertence ao não menos egrégio STF, e tendo este, em hipótese análoga (igualmente versava sobre**

Ainda em relação à questão previdenciária, vale lembrar a recente ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em razão da suspensão do pagamento de benefícios previdenciários a beneficiários que possuíssem noventa anos de idade ou mais¹³⁴, visando ao ressarcimento dos danos materiais e à reparação dos danos morais individuais e coletivos sofridos pelos idosos.

Lembre-se também de que o Estatuto do Idoso prevê, em seu art. 34, que aos idosos, a partir de sessenta e cinco anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de um salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social, o que, além de alterar o art. 20 da Lei 8.742/93, pode exigir a atuação coletiva do Ministério Público para resguardar tal direito, que já vinha atuando para tutelar adequadamente o direito previsto no art. 203, V, da Constituição, já que o INSS vem exigindo abusivamente a comprovação de incapacidade para atos da vida diária para a concessão do benefício¹³⁵.

A fim de demonstrar a importância do papel do Ministério Público na tutela coletiva dos direitos dos idosos e da variedade de hipóteses em que sua atuação poderá ocorrer, vale descrever uma interessantíssima ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal junto à Justiça Federal em Campinas¹³⁶, que decorreu de uma questão previdenciária: após procedimento administrativo,

causa em que discutido um direito social, como são os benefícios mantidos pela Previdência Social - art. 6º da CF), recentemente decidido que a Lei Complementar nº 75/93 conferiu ao MPT legitimidade ativa, no campo da defesa dos interesses difusos e coletivos, no âmbito trabalhista (STF, RE 213.015, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU 24-5-2002), não há como afastar a plausibilidade dessa última em relação ao MPF - igualmente um dos ramos do Ministério Público da União - em sede previdenciária. Inteligência, ademais, do disposto nos artigos 1º, 2º e 74, I, da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso). [...]. TRF -4a Região. Agravo de instrumento nº 200542 - Rel. Des. Victor Luiz dos Santos Laus - DJ 09/06/04, p. 609).

¹³⁴ Ação civil pública de autoria de Sergio da Cruz Arenhart, publicada na *Revista de Processo* nº 117. São Paulo: RT, setembro/outubro de 2004, p. 325/340.

¹³⁵ Sobre a seguridade social e os idosos, vale conferir os seguintes trabalhos: PIERDONÁ, Zélia Luiza. "Proteção previdenciária às pessoas com deficiência e idosos". *Pessoa Idosa e Pessoa Portadora de Deficiência: da dignidade necessária*. Vitória: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, 2003. FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. "Benefícios assistenciais das pessoas portadoras de deficiência e idosos". *Pessoa Idosa e Pessoa Portadora de Deficiência: da dignidade necessária*. Vitória: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, 2003.

¹³⁶ A ação coletiva foi ajuizada pelos Procuradores da República José Ricardo Meireles, Letícia Pohl e Silvana Mocellin. Esta e outras ações de iniciativa do Ministério Público Federal em favor dos idosos podem ser consultadas no endereço eletrônico www.pgr.mpf.gov.br/pgr/pfdc/index.jsp (ícone "banco de dados").

constatou-se que dois advogados se apropriavam indevidamente de aproximadamente metade dos valores devidos a seus clientes em causas previdenciárias. Identificaram-se dezenas de idosos que foram lesados e apurou-se que mais de trezentos mil reais foram apropriados pelos advogados, que possuíam poderes para receber tais quantias. Diante desse quadro, além das medidas criminais cabíveis, o Ministério Público Federal ajuizou ação coletiva com base no Estatuto do Idoso, cuja pretensão era evitar que se repetissem tais condutas, pleiteando-se, em antecipação de tutela, que fossem excluídas de todas as procurações outorgadas por idosos aos tais advogados a expressão “poderes especiais para receber”, compreendendo-se o poder para levantar alvarás, a fim de que somente os idosos pudessem levantar os alvarás com o numerário a que tinham direito, tendo sido ainda requerida a obrigação de que os réus apresentassem procurações atualizadas dos idosos, com o fim específico para levantamento de valores disponíveis em Juízo, inclusive especificando os valores que serão entregues ao idoso e os valores que serão recebidos a título de honorários, sempre quando do levantamento de alvarás.

7.2. Outros Aspectos Processuais do Estatuto do Idoso

No que se refere à tutela jurisdicional coletiva, o Estatuto do Idoso apresenta algumas peculiaridades, além da questão da legitimidade, que já foi mencionada na nota 57 deste trabalho. Vejamos agora, algumas outras questões.

Como em todo o sistema processual coletivo, o Estatuto do Idoso não prevê a legitimidade do Ministério Público apenas para o processo de conhecimento, mas também para a execução da sentença, mesmo se tiver sido outro o autor da ação coletiva e desde que permaneça inerte (art. 87 do Estatuto do Idoso, com redação bastante semelhante¹³⁷ à do art. 15 da Lei da Ação Civil Pública). No que se refere à execução, o que chama a atenção no Estatuto do

¹³⁷ O que há de diferente no dispositivo do Estatuto do Idoso é a previsão de assistência aos demais legitimados na fase de execução. (Sobre o cabimento ou não de assistência na execução: OLIVEIRA NETO, Olavo. “A defesa dos terceiros na execução forçada”. *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo Civil e Assuntos Afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 737. ASSIS Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 254/255. MOTTA FILHO, Manoel Fernando Thompson. “Do cabimento da assistência no processo de execução”. *Revista de Processo*, nº 43. São Paulo: RT, julho/setembro de 1986).

Idoso é o disposto no parágrafo único do art. 84, que, à primeira vista, atribui ao Ministério Público a primazia na execução de multa imposta em ação judicial, conferindo legitimidade aos demais entes apenas em caráter subsidiário. Entretanto, deve haver uma interpretação sistemática entre os arts. 84, parágrafo único, e 87 do Estatuto do Idoso, de modo que o autor da ação pode executar a multa e, em caso de inércia, a legitimidade se transfere aos demais legitimados¹³.

Para finalizar este item, resta analisar o regime financeiro do processo coletivo do Estatuto do Idoso.

Segundo o art. 88, nas ações coletivas não haverá adiantamento de nenhuma despesa processual e seu parágrafo único dispõe que não se imporá sucumbência ao Ministério Público. Vê-se que não há exata correspondência entre o que prevê o Estatuto do Idoso e o que consta no art. 18 da Lei da Ação Civil Pública.

Apesar das intensas controvérsias doutrinárias¹³⁹, tende a se firmar, no que se refere à Lei da Ação Civil Pública, a aplicação uniforme do disposto no art. 18 a todos os legitimados, inclusive ao Ministério Público¹⁴⁰ -¹⁴¹ -¹⁴². Esse tratamento diferenciado das ações

¹³ Assim também entende Luiz Manoel Gomes Junior: "Estatuto do Idoso – Lei Federal 10.741/2003 – Aspectos processuais – Observações iniciais". *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 12. São Paulo: Dialética, março de 2004, p. 133.

¹³⁹ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública* 9ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 499/516. Para exemplificar a controvérsia: Ricardo de Barros Leonel entende que o art. 18 se aplica às associações e apenas aos entes públicos despersonalizados, que teriam a finalidade específica de defender os direitos transindividuais (ob. cit., p. 392/395); Marcelo Abelha, por sua vez, entende que o dispositivo se aplica exclusivamente às associações, que seriam as únicas a ter a sucumbência como obstáculo ao acesso à justiça (ob. cit., p. 302/305).

¹⁴⁰ No Superior Tribunal de Justiça, é pacífica a tese de que o Ministério Público está isento de sucumbência, salvo má-fé: "ADMINISTRATIVO - ATO DE IMPROBIDADE - CONFIGURAÇÃO E TÍPICIDADE: LEI 8.429/92 - SUCUMBÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Na tipificação do ato de improbidade administrativa, exige-se do julgador perfeita sintonia com a realidade sócio-econômica da realidade brasileira. 2. Em sociedade fortemente marcada pela exclusão social, a qual favorece o clientelismo político, não é imoral, a ponto de configurar-se ato de improbidade, a distribuição de passagens de ônibus a pessoas carentes. 3. Repercussão econômica sem desvios e devidamente aprovada pela Corte de Contas. 4. O Ministério Público não está sujeito a pagar as verbas sucumbenciais, senão quando age com má-fé. 5. Recurso especial de mérito improvido e provido o recurso em favor do Ministério Público." (RESP 403599/PR – Rel. Min. Eliana Calmon - DJ 12.05.2003 p. 274). "PROCESSUAL CIVIL - HONORÁRIOS - MINISTÉRIO PÚBLICO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. O Ministério Público não responde por honorários de advogado, em caso de improcedência do pedido em ação civil pública, a não ser em caso de comprovada má-fé. Precedentes. Recurso Especial improvido." (RESP 422801 / São Paulo – Rel. Min. Garcia Vieira - DJ 21.10.2002 p. 290).

¹⁴¹ O Superior Tribunal de Justiça já condenou o Estado ao pagamento de verbas de sucumbência por ato do Ministério Público: "PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. MINISTÉRIO PÚBLICO. Ação proposta pelo Ministério Público que, obrigado legalmente a pedir o arresto de bens do administrador de sociedade liquidanda (Lei nº 6.024/74, art. 45), foi além disso, atingindo a meação da mulher deste; pelo excesso de atuação do seu agente, o Estado de Minas Gerais responde pelos honorários de advogado resultantes da procedência dos embargos de

coletivas nos parece justificado na medida em que incrementam o acesso à tutela jurisdicional.¹⁴³

Pensamos ser possível compatibilizar o disposto no Estatuto do Idoso com as regras do sistema do processo coletivo. Não se justifica entender que somente o Ministério Público esteja isento da sucumbência e, o que é ainda pior, mesmo em caso de comprovada má-fé. Não se justificam a isenção da sucumbência a apenas um legitimado e a exclusão da responsabilidade em caso de má-fé. Parece-nos que, para não haver quebra do princípio da isonomia e violação do princípio da proporcionalidade, a interpretação deverá ser a mesma que vem sendo dada majoritariamente ao art. 18 da Lei da Ação Civil Pública: todo co-legitimado está isento da verba de sucumbência, salvo comprovada má-fé¹⁴⁴.

terceiro. Recurso especial não conhecido". (RESP 188695 / MG – Rel. Min. Ari Pargendler - DJ 13.08.2001 p. 144). O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão relatado pelo Des. Araken de Assis condenou o próprio Ministério Público ao pagamento das custas, determinando que o dinheiro fosse retirado da parcela que lhe caberia no orçamento (cf. LENZ, Luiz Alberto Thompson Florez. "Da responsabilidade do Ministério Público pela sucumbência na ação civil pública". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 84, outubro/dezembro de 1996).

¹⁴³ Segundo Nelson Nery Junior, "todo e qualquer co-legitimado que tiver ajuizado a ação civil pública se sujeita ao dispositivo ora comentado" (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 1031. No mesmo sentido, e na mesma obra (p. 851), manifesta-se Kazuo Watanabe). O anteprojeto de Código Modelo para a Ibero-América também consagra esta orientação: "os autores da ação coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais" (art. 15, § 3º).

¹⁴⁴ Como observam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, "*o só fato da sucumbência nas ações coletivas, em razão das regras específicas da Lei 7347/85, não acarreta para o autor a condenação em honorários advocatícios e nas despesas processuais, sendo plenamente justificável tal normativa, porque: a) os legitimados são meros substitutos processuais, não fazendo qualquer sentido, por isto, considerá-los 'vencidos' numa ação proposta em nome da coletividade; b) o afastamento da regra de que 'a condenação resulta do fato objetivo da derrota' concede maior acessibilidade judiciária aos interesses difusos uma vez que a possibilidade de condenação em honorários advocatícios e despesas processuais pela só sucumbência acabaria por representar um poderoso e inafastável desestímulo à ação dos legitimados extraordinários [...]. Em resumo, pode-se dizer que: a) quando verificada a 'má-fé antecedente' por parte do autor – o que cumpre seja específica e fundamentadamente apontado na sentença de improcedência – [...] suportará ele o pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos; a mesma consequência se verificará com relação à má-fé, de qualquer das partes apurada no curso do processo; c) não havendo má-fé 'antecedente' ou no curso do processo, o só fato da sucumbência do autor não dá ensejo à sua condenação em honorários advocatícios e despesas processuais, incidindo, novamente aqui, a normativa específica da Lei da Ação Civil Pública (arts. 17 e 18)". (*Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 861 e 864, com ampla citação doutrinária e jurisprudencial, inclusive contra o entendimento exposto).*

¹⁴⁴ Luiz Manoel Gomes Junior assim se manifesta: "o parágrafo único do art. 88 do Estatuto do Idoso deve ser lido da seguinte forma: para o Ministério Público não haverá sucumbência no caso de improcedência do pedido, estendendo tal benefício aos demais co-legitimados, até porque o sistema da ação civil pública pode e deve ser invocado" (ob. cit., p. 135).

7.3. Atribuição e competência

Estamos convictos de que a *especialização* é a melhor solução para que o Ministério Público atinja resultados mais satisfatórios na tutela dos direitos. Para a tutela coletiva de direitos a especialização das promotorias e a necessidade de planos de atuação institucional nos parecem ainda mais evidentes, em razão das peculiaridades próprias do processo coletivo¹⁴⁵.

As vantagens da criação de promotorias especializadas são evidentes, na medida em que a dedicação exclusiva a uma determinada matéria faz com que o serviço prestado naturalmente se aperfeiçoe rotineiramente. Além da familiaridade com os problemas relacionados com a matéria, que faz com que as medidas necessárias em boa medida já venham sendo elaboradas e testadas, a especialização aproxima e torna mais fácil o diálogo com órgãos governamentais e setores da sociedade que também são responsáveis pela mesma atividade específica ou se ocupam do mesmo tema. A concentração de atribuição, em resumo, desde que dotadas as promotorias de estrutura necessária, possibilita a maior adequação da técnica às necessidades dos sujeitos de direito e, nessa medida, torna mais eficaz a tutela sob a responsabilidade do Ministério Público. Bastante recomendável também a realização de planos de atuação para a efetiva tutela dos direitos dos idosos.

Na pesquisa que realizamos, identificamos que os Estados comumente criam promotorias especializadas para a defesa dos direitos dos idosos juntamente com a defesa dos direitos de pessoas portadoras de deficiência, como ocorre, por exemplo, em Minas Gerais, no Maranhão, no Rio de Janeiro e no Distrito Federal, havendo inclusive uma Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiên-

¹⁴⁵ Também Barbosa Moreira encareceu a necessidade de especialização: "Conviene subrayar que el Ministerio Público, por lo menos en algunos sitios trato con seriedad de prepararse para ejercer de modo eficiente ese nuevo género de tareas, inclusive mediante la creación de órganos especializados. Muchos miembros de la institución, sobre todo entre los más jóvenes y socialmente comprometidos, dedican a los asuntos de que estamos hablando un interés apasionado. No suena excesivo afirmar que la convocación para actuar en un campo tan lejano de sus preocupaciones tradicionales dió margen, por decirlo así, a una auténtica revitalización del Ministerio Público en el Brasil" ("*La iniciativa en la defensa de los intereses difusos e colectivos (Un aspecto de la experiencia brasileña)*", *Temas de Direito Processual* (Quinta Série) São Paulo: Saraiva, 1994, p. 166).

cia (AMPID)¹⁴⁶. Em São Paulo, há atribuição exclusiva para a defesa do idoso, sendo que desde 1997 há um Grupo de Atuação Especial de Proteção ao Idoso.

Em nossa concepção, portanto, a pulverização de atribuição deve ser evitada com a criação de promotorias especializadas, que concentrariam toda a atribuição referente aos idosos em situação de risco, inclusive para a persecução criminal dos tipos penais próprios do Estatuto do Idoso. Evidentemente, cada Ministério Público deverá adaptar sua estrutura administrativa às realidades locais, o que pode significar inclusive a previsão de atribuição concorrente¹⁴⁷ entre promotorias para a tutela de direitos dos idosos, mas o que não nos parece razoável é ignorar a necessidade de especialização na defesa dos direitos dos idosos, ao menos nas capitais e nas grandes cidades.

Outro ponto importante é a necessidade de as Promotorias contarem com o auxílio técnico de profissionais de outras áreas, como médicos, engenheiros, contadores etc. Invariavelmente os fatos desafiam conhecimentos interdisciplinares e apenas com apoio técnico também especializado é que o Ministério Público desempenhará satisfatoriamente suas funções. Frequentemente, são necessários os auxílios técnicos de engenheiros, biólogos, bioquímicos, assistentes sociais, psicólogos, sanitaristas, contadores etc., revelando que não é possível uma tutela adequada apenas com conhecimentos jurídicos. Evidentemente há restrições orçamentárias que impedem uma composição estrutural próxima ao ideal, mas isso não pode significar que tal realidade seja ignorada e não sejam tomadas as mínimas providências para adequar o Ministério Público a essa nova e irreversível realidade.

Especialização e formação de grupo de apoio técnico a seus membros são componentes imprescindíveis para a otimização da tutela coletiva pelo Ministério Público.

¹⁴⁶ O endereço eletrônico da associação é www.ampid.org.br.

¹⁴⁷ Essa atribuição concorrente já vem ocorrendo em alguns estados. Por exemplo: pode haver atribuição concorrente entre a promotoria do idoso e as promotorias criminais, no que se refere à investigação e atuação processual em tipos específicos; atribuição concorrente entre a promotoria da saúde ou da cidadania e a promotoria do idoso, em algumas matérias etc.

Apenas duas observações sobre a competência.

Em primeiro lugar, enquanto o Ministério Público vem se especializando cada vez mais na tutela coletiva, o Judiciário não parece se preocupar em criar varas especializadas em julgamentos de causas que envolvam direitos transindividuais. Parece-nos que, para uma maior efetividade da tutela dos direitos, também ao Judiciário caberia a especialização da competência.

Entretanto, não temos notícia da criação de nenhuma vara com competência exclusiva para matéria referente aos idosos¹⁴⁸.

A outra observação que deve ser feita é sobre o art. 80 do Estatuto do Idoso, que dispõe que o critério para fixação da competência para o julgamento das ações coletivas será o domicílio do idoso, sendo que a competência é absoluta. Tal regra discrepa do sistema processual coletivo, que prevê o local do dano como critério para a determinação da competência (art. 2º, da Lei da Ação Civil Pública e art. 93 do Código do Consumidor).

A inovação do Estatuto do Idoso causa algumas perplexidades e não se mostra como a melhor alternativa para a tutela dos direitos dos idosos.

¹⁴⁸ No Rio de Janeiro, o Poder Judiciário encaminhou à Assembleia Legislativa, em 05/10/04, o Projeto de lei nº 2.089, que aglutina a competência para o julgamento de crianças, adolescentes e idosos em situação de risco e cria "varas da infância, da juventude e do idoso", que deu origem à Lei Estadual nº 4.504, de 11 de janeiro de 2005. O art. 2º da lei dispõe que "às Varas da Infância, da Juventude e do Idoso, e, onde houver, às Varas de Família, da Infância, da Juventude e do Idoso, além das competências previstas no CODJERJ, competirá a fiscalização, orientação e apuração de irregularidades de instituições, organizações governamentais e não governamentais, abrigos, instituições de atendimento e congêneres, que lidem com o idoso, garantindo-lhe as medidas de proteção e atendimento prioritário previstas na Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, salvo aquelas cuja competência específica couber aos demais Juízos do Poder Judiciário Estadual, que garantirão prioridade absoluta ao idoso na forma do art. 71 da Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003". Não nos parece ser este o caminho mais adequado, ao menos pelos seguintes motivos: 1) as varas de infância e juventude já possuem imenso volume de trabalho e agregar competência não contribuirá para a efetividade da prestação jurisdicional; 2) embora o Estatuto do Idoso tenha estrutura bastante semelhante à do Estatuto da Criança e do Adolescente, chega a ser intuitivo que cada um possui especificidade própria e necessita de tratamento diferenciado, não havendo nada que indique que o juiz de infância esteja mais apto para julgar causas envolvendo idosos em situação de riscos; 3) não se sabe como será respeitada a prioridade na tramitação dos processos, já que as crianças e adolescentes possuem a garantia constitucional da "absoluta prioridade" (art. 227). Conseqüentemente, a lei estadual torna letra morta o disposto no art. 71 Estatuto do Idoso, frustrando o mandamento legal sob o pretexto de cumpri-lo. Trata-se, a nosso ver, de medida injustificável e sem qualquer razoabilidade, que em nada contribuirá para a tutela dos direitos dos idosos e também das crianças e adolescentes. De todo modo, como não há nenhuma vinculação entre atribuição e competência, o Ministério Público pode amenizar tal equívoco ao criar promotorias especializadas, independentemente da postura do Judiciário nesse particular.

O local onde ocorreu (ou ocorreria) o dano foi o critério escolhido pelo sistema processual coletivo em razão das melhores condições para o julgamento da causa e acompanhamento pelo Ministério Público, inclusive facilitando a produção de provas.¹⁴⁹

Não desconhecemos que o critério do local do dano também enseja sérias controvérsias, como nas hipóteses de dano de alcance regional ou nacional, da ausência de seção de Justiça Federal no local do dano e de conexão, mas nos parece ainda ser a melhor regra.¹⁵⁰⁻¹⁵¹

Como bem observou Flávio Luiz Yarshell, *“parece correto dizer que: a) nem sempre o domicílio do idoso será o valor mais relevante sob a ótica da ordem pública e b) nem sempre a imposição do foro do domicílio do idoso será a mais benéfica para ele próprio. [...] A interpretação que há de se ter do dispositivo legal, portanto, deve buscar a harmonia entre a) a preservação dos interesses do idoso, facilitando-lhe o acesso (e não o contrário!); b) o equilíbrio entre as partes no processo, não se podendo extrair da regra um tratamento discriminatório incompatível com a condição do idoso e c) a preservação de outros interesses relevantes para a ordem pública, que também sejam critérios determinantes da competência”*¹⁵².

8. O Ministério Público, a tutela coletiva de direitos e o acesso à justiça

No desenvolvimento dos itens antecedentes, procuramos encarecer a importância da defesa dos direitos transindividuais pelo Ministério Público como instrumento para o amplo acesso à justiça.

¹⁴⁹ Cf. PIZZOL, Patrícia Miranda. *A Competência no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 573/574.

¹⁵⁰ Exemplos de críticas ao critério do local do dano podem ser encontradas no estudo de Marcelo Abelha (ob. cit. p. 120, nota 3).

¹⁵¹ O anteprojeto de Código Modelo para a Ibero-América dispõe o seguinte: “Art. 9º. É competente para a causa o foro: I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – da Capital, para os danos de âmbito regional ou nacional, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária. Art. 30. Se houver conexão entre as causas coletivas, ficará prevento o juízo que conheceu da primeira ação, podendo ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais”.

¹⁵² “Competência no Estátu do Idoso (Lei nº. 10.741/2003)”. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>, acesso em 07/04/05.

Sem dúvida nenhuma a tutela coletiva dos direitos transindividuais é um desses mecanismos de otimização do acesso à justiça, mas a “novidade” vem encontrando a tradicional oposição, principalmente em relação à legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos.

A visão individualista do processo ainda é forte e, em uma espécie de miopia científica, impede a correta compreensão da nova realidade trazida pelo processo coletivo. Ovídio Baptista da Silva percebeu com acuidade a situação, ao afirmar que “a influência exercida pelo *individualismo* sobre o processo civil é enorme, uma vez que todos os institutos e o conjunto de categorias de que se utiliza a doutrina processual foram concebidos para a tutela de direitos e interesses individuais, a partir dos movimentos formadores do Mundo Moderno, especialmente através das idéias do Renascimento e da reforma religiosa. É nisto que reside a dificuldade com que se debate o processo civil quando tem de lidar com direitos supra-individuais, com as ações coletivas, para as quais a maioria das categorias tradicionais torna-se imprestáveis”.¹⁵³

Em pesquisa realizada no programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro anotou que, ao se limitar indevidamente a legitimidade do Ministério Público, “do ponto de vista prático, uma grande parte das pessoas do povo deixará de ter acesso à justiça, pois o Ministério Público é o legitimado que mais atua nesse campo, sendo que não foi constatado na pesquisa um único caso de defesa de direito individual homogêneo por associação”.¹⁵⁴⁻¹⁵⁵

¹⁵³ **Processo e Ideologia – o paradigma racionalista.** Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 56.

¹⁵⁴ *Ob. cit.*, p. 204. Humberto Dalla Bernardina de Pinho, valendo-se dos dados dessa mesma pesquisa, afirma que “em não raros casos, ou o Parquet toma a iniciativa e propõe a ação coletiva, ou aquele grupo de pessoas verá seu direito perecer, pois não ostentam eles condições de ingressar com ações individuais, dada a complexidade da causa, e nem a sociedade civil está ainda organizada a ponto de assumir esta incumbência. Também por este aspecto [...] a posição restritiva dos tribunais em matéria de legitimidade do Ministério Público para a tutela do direito individual homogêneo através da ação coletiva serve como obstáculo, às vezes intransponível, ao acesso à justiça, por mais paradoxal que isso possa parecer”. (*Ob. cit.* p. 235).

¹⁵⁵ Com propriedade, anota Celso Fernandes Campilongo que vem aumentando o fenômeno segundo o qual o Judiciário vem deixando de enfrentar a matéria de mérito em questões complexas, invariavelmente envolvendo direitos fundamentais, julgando-se quase tudo com “pretexto de natureza processual”, ensejando um “perverso fenômeno de utilização do Direito para o descumprimento do Direito por meio de pretextos jurídicos” (“Direitos fundamentais e Poder Judiciário”. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 109).

Importantíssimas e fundamentais conclusões foram divulgadas em recente trabalho dos sociólogos Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos, que, considerando o Ministério Público como *representante funcional dos interesses estratégicos da sociedade*, afirmaram que *“entre a sociedade e o Ministério Público, a relação não é tanto de assimetria e dependência da primeira vis-à-vis o segundo, e sim de interdependência, que, quanto mais se consolida, mais legitima os novos papéis do Ministério Público e destitui de sentido a perspectiva que os toma como polaridades, como instâncias contrapostas. Vista sob esse ângulo, a atual tendência da jurisprudência, de reconhecer como legítima a atuação do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos com repercussão social, favorece essa interdependência e contribui para consolidar sua condição de representante funcional. [...] No marco da instituição mais relevante da representação funcional, o Ministério Público, a pesquisa também pôs em evidência o fato de que essa agência, ao desempenhar suas funções constitucionais nas ações coletivas, não se tem comportado como expropriadora de papéis da sociedade. Verificou-se, ao contrário, uma consistente e emergente presença da sociedade nessas ações seja como autora de ações judiciais, seja na provocação do Ministério Público”*.¹⁵⁶

Vê-se, portanto, que a atuação do Ministério Público na defesa coletiva dos direitos é um importante componente na árdua tarefa de possibilitar o exercício do direito fundamental do acesso à justiça, sendo indevida qualquer limitação arbitrária no seu agir, sob pena de se estar limitando o próprio acesso à tutela adequada dos direitos.

Negar legitimidade ao Ministério Público para a tutela coletiva dos direitos pode significar um amesquinamento ou uma mutilação da garantia constitucional do acesso à justiça¹⁵⁷. Se é verdade

¹⁵⁶ “Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva”. A Democracia e os Três Poderes no Brasil, coord. Luiz Werneck Vianna. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 445 e 484.

¹⁵⁷ Deve ser evitado qualquer traço de ufanismo em relação ao Ministério Público, já que a consciência das limitações e das dificuldades é requisito imprescindível para o constante desenvolvimento institucional. A auto-suficiência é inimiga do aperfeiçoamento institucional. O otimismo exagerado revela prepotência e invariavelmente é um prenúncio de decepcionante desempenho. O desejo de onipotência só pode resultar em prejuízos para o Ministério Público e para a sociedade. É oportuna a transcrição do seguinte trecho de autoria de Barbosa Moreira, *“o que não podemos é ser desmedidamente ambiciosos. Acalentar expectativas altas demais expõe-nos ao perigo de cair com*

que “a igualdade perante a lei coexiste com uma grande desigualdade perante os tribunais”¹⁵⁸, as ações coletivas e a legitimação do Ministério Público servem exatamente para amenizar essa desigualdade e possibilitar uma adequada tutela dos direitos.

A celebração dos vinte anos de vigência da Lei da Ação Civil Pública é mais uma oportunidade para refletirmos sobre sua importância para o efetivo acesso à justiça e, ao mesmo tempo, sobre as graves tentativas de mutilação que vem sofrendo, a fim de que seu fundamental papel no ordenamento jurídico seja preservado. 📄

facilidade em negativismo extremado. Nutre-se o pessimismo, com frequência, da amargura causada pela decepção: convencidos de ser inatingível o ideal, que ingenuamente supuseramos ao alcance da nossa mão, passamos a descreer da possibilidade de dar quaisquer passos, pequenos que sejam, na direção daquele. A ilusão da onipotência toma-se a véspera do cepticismo integral. Destarte, não poucas vezes, o talento do progressista desencantado acaba paradoxalmente posto a serviço do mais empedernido conservadorismo” (“Efetividade do processo e técnica processual”. *Temas de Direito Processual* (Sexta Série). São Paulo: Saraiva, 1997, p. 21).

¹⁵⁸ SOUZA SANTOS, Boaventura de. MARQUES, Maria Manuel Leitão. PEDROSO, João. FERREIRA, Pedro Lopes. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas – o caso português*. 2ª ed. Porto: Centro de Estudos Judiciários/ Afrontamento, 1996, p. 690.

A Incidência da Lei nº 10.259/2001 no Juizado Especial Criminal Estadual*

Cláudio Calo Sousa

*Promotor de Justiça. Professor da EMERJ, da
FGV e da Escola do Ministério Público do
Estado do Rio de Janeiro.*

I - INTRÓITO

Com o advento da Constituição da República de 1988, o artigo 98, de forma expressa, previu a criação dos Juizados Especiais Criminais, os quais são competentes para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial.

Em sendo assim, ficou a cargo do legislador infraconstitucional a conceituação de infração penal de menor potencial ofensivo, surgindo assim a Lei nº 9.099/95, cujo artigo 61 entendeu ser as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não ultrapasse um ano, desde que não tenha procedimento especial.

Pacificou-se o entendimento de que todas as contravenções penais, mesmo possuindo rito especial, seriam infrações penais de menor potencial ofensivo, como é o caso da contravenção denomi-

*Tema : Com o advento da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, deve-se concluir que foi ampliado o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, devendo o novo conceito ser estendido à esfera Estadual, sob pena de se violar o princípio constitucional da isonomia e o princípio da razoabilidade, excepcionados os delitos para os quais haja previsão de rito especial, face ao disposto no artigo 1º do referido diploma legal, que admitiu a aplicação da ressalva prevista no artigo 61 da Lei nº 9.099/95 à esfera Federal.

nada “jogo do bicho”, em que pese o culto professor Damásio E. de Jesus insurgir-se contra esse entendimento.

Após, o Código de Trânsito Brasileiro passou a admitir a aplicação de institutos previstos na Lei nº 9.099/95 a alguns crimes cometidos na condução de veículos automotores, como é o caso, por exemplo, da lesão corporal culposa (artigo 303 do CTB), que, por força do artigo 291, parágrafo único, do referido diploma legal, admite a conciliação civil, a renúncia ao direito de representação e a transação penal.

No entanto, no tocante às referidas infrações penais de trânsito, entendemos, pelo fato de o legislador admitir a aplicação de institutos denominados “despenalizadores”, não podem as mesmas ser consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo, até porque a competência é do Juízo Criminal Comum e não do Juizado Especial Criminal. O legislador, tão-somente, de forma imprópria e por razões de política criminal, entendeu estender os referidos institutos àquelas.

Como se pode observar, falta ao legislador um mínimo de conhecimento jurídico e de visão sistemática, pois, ao mesmo tempo que agravou algumas penas de crimes cometidos na direção de veículos automotores, também mitigou o rigor ao admitir a aplicação de institutos previstos na Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Ressalte-se, mais um ato normativo foi elaborado pelo legislador e sancionado pelo Poder Executivo, que foi a Lei nº 10.259/2001, que passou a disciplinar os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, e que entrou em vigor no dia 13 de janeiro de 2002.

Este novo diploma legal, em seu artigo 2º parágrafo único, deu nova definição legal às infrações penais de menor potencial ofensivo, *in litteris*:

“Parágrafo único. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para efeitos desta lei, os crimes a que a lei comine pena máxima dois anos, ou multa”.

Diante deste novo conceito, inúmeros trabalhos foram publicados, surgindo diversos entendimentos, vez que para uns há dois conceitos de infração penal de menor potencial, enquanto para ou-

tros o conceito é um só, devendo a Lei nº 10.259/2001 ser aplicada à esfera Estadual.

Há ainda que se registrar que a Chefia do *parquet* fluminense editou um ato conjunto com o Secretário de Segurança Pública e o Chefe de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, entendendo pela existência e vícios de inconstitucionalidade, o que motivou inclusive uma representação junto ao Procurador-Geral da República.

No ato conjunto nº 001/2002, ficou resolvido que os crimes cujas penas cominadas fossem superiores a um ano e inferiores a dois anos, a autoridade policial continuaria lavrando auto de prisão em flagrante, se fosse o caso, e encaminhando ao Juízo Criminal comum, ou encaminhando o inquérito policial para as Promotorias de Investigação Penal (Centrais de Inquéritos). Portanto, tudo deveria ficar como era antes do advento da referida lei federal.

Ademais, vem se sustentando a inconstitucionalidade, no mínimo em parte, da Lei nº 10.259/2001, em especial do disposto no artigo 20, em que segundo a interpretação de alguns operadores do direito, quando dispõe “vedada a aplicação desta lei no juízo estadual”, acaba por ofender o princípio constitucional da isonomia.

II - DOIS CONCEITOS DE INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO?

A recente lei federal (10.259/2001) fez com que doutrina e alguns operadores do direito viessem a adotar vários entendimentos, alguns sustentando que se passou a admitir dois conceitos de infração penal de menor potencial ofensivo, ou seja, um para ao Juizado Especial Criminal Estadual, previsto no artigo 61 da Lei nº 9.099/95, e outro para a esfera Federal, previsto na Lei nº 10.259/2001. Já outros autores passaram a entender que o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo é um só, isto é, o previsto no artigo 2º da Lei nº 10.259/2001, que acabou revogando o conceito previsto no artigo 61 da Lei nº 9.099/95, inclusive, a ressalva quanto aos crimes que possuem procedimento especial.

Em suma, este último entendimento considera infração penal de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não ultrapassa dois anos ou seja cominada pena de multa, independentemente de haver previsão de rito especial ou não.

Não podemos concordar com o entendimento daqueles que defendem que, com o advento da Lei nº 10.259/2001, passou-se a ter dois conceitos de infração penal de menor potencial ofensivo, ou seja, um previsto no artigo 61 da Lei nº 9.099/95 para a esfera estadual e outro para a esfera federal, previsto no artigo 2º, parágrafo único, daquele diploma legal, pois a própria Constituição da República procurou distinguir no tocante aos Juizados Especiais Criminais, as Justiças Estadual e Federal, tendo cada uma suas próprias peculiaridades. Ademais, segundo este entendimento, o disposto no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001, de forma expressa preceitua que aquele conceito é aplicável apenas à esfera federal, pois utilizou-se da expressão *para os efeitos desta lei* (grifo nosso). E, por fim, argumentam ainda com o disposto no artigo 20 do referido diploma legal federal, o qual também de forma expressa, “vedou a aplicação desta lei no juízo estadual”. Portanto, esse entendimento não admite que o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo tenha sido ampliado na esfera estadual.

Ora, segundo a maioria dos doutrinadores (Fernando da Costa Tourinho Filho, Damásio E. de Jesus, Alberto Silva Franco, Luiz Flávio Gomes, dentre outros) não há dúvidas de que com o advento da Lei nº 10.259/2001, o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo foi ampliado, devendo o artigo 2º, parágrafo único, da referida lei ser aplicado à esfera estadual, face aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da isonomia. Em sendo assim, citam como exemplo o fato de que se uma pessoa desacata uma autoridade federal teria direito aos institutos da Lei nº 9.099/95, já se desacata uma autoridade policial estadual, em havendo dois conceitos distintos de infração penal de menor potencial ofensivo, não faria jus àqueles institutos, o que geraria um vício de inconstitucionalidade, violando o artigo 5º da CRFB/88.

Portanto, ao nosso sentir, não há dúvidas de que o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo foi ampliado, devendo tal conceito ser aplicado inclusive de forma retroativa, face ao disposto no artigo 5º, inciso XL, da CRFB/88, sendo certo que os processos em curso no Juízo Criminal, que apuram as novas infrações penais de menor potencial ofensivo, não podem prosseguir no referidos juízo, devendo ser encaminhados ao Juizado Especial Criminal,

a fim de que sejam aplicados os institutos “despenalizadores” previstos na Lei nº 9.099/95, se for o caso. É certo que alguns Juízos Criminais estão aplicando os referidos institutos na própria vara criminal, porém tal procedimento afronta o disposto no artigo 98 da CRFB/88, face à competência absoluta do Juizado Especial Criminal.

Cumpre-nos assinalar que há operadores do direito entendendo que o atual conceito de infração penal de menor potencial ofensivo abrange todas as contravenções penais, os crimes cujas penas privativas de liberdade não superam dois anos, bem como os crimes apenados com pena privativa de liberdade, independentemente do *quantum*, desde que seja cominada alternativamente a pena de multa, pois o artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001, de forma expressa dispõe “ou multa”.

Ousamos também discordar, vez que, desde a criação dos Juizados Especiais Criminais, o legislador procurou conceituar infração penal de menor potencial ofensivo levando em consideração a pena máxima privativa de liberdade, ou seja, o *quantum* da pena mais grave. Em sendo assim, levando-se em consideração que a sanção pecuniária é mais branda que a pena privativa de liberdade, pode-se concluir que deve prevalecer esta última pena, ou seja, o *quantum* máximo de dois anos, pois, do contrário, chegar-se-ia, com a devida vênia, ao absurdo de considerar como infração penal de menor potencial ofensivo o tipo penal previsto no artigo 7º da Lei nº 8.137/90, apesar de o legislador ter cominado a pena máxima privativa de liberdade de 05 (cinco anos). Não foi esta a *ratio legis*.

III- DO SUPOSTO VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 20 DA LEI Nº 10.259/2001

Alguns operadores do direito vêm entendendo pela existência de vício de inconstitucionalidade, pelo menos em parte, da Lei nº 10.259/2001, no mínimo do disposto artigo 20, pois, segundo eles, este dispositivo impede a aplicação da referida lei no âmbito do JECRIM estadual.

No entanto, conforme já assinalado, não vislumbramos qualquer afronta à CRFB pelo referido dispositivo legal, senão vejamos:

Em que pese o posicionamento em contrário, não há vício, pois na realidade, apesar de o legislador não possuir técnica-

legislativa, assim como pouco conhecimento do sistema jurídico, na realidade a parte final do dispositivo em análise, que veda a incidência da lei no juízo estadual não pode ser interpretada isoladamente, ou seja, não se pode destacá-la da parte inicial do referido dispositivo legal.

Ora, o referido dispositivo legal preceitua que “onde não houver Vara Federal”, a causa poderá ser proposta no Juizado Especial Federal mais próximo do foro definido no artigo 4º da Lei nº 9.099/95, “vedada a aplicação desta lei no juízo estadual”. Em sendo assim, *s.m.j.*, preconizamos que a preocupação desse dispositivo legal como um todo não foi de vedar a aplicação da Lei nº 10.259/2001 ao âmbito estadual, *per si*, mas sim de impedir que o Juizado Especial Criminal Estadual de uma localidade onde não tenha Vara Federal passe a ser investido de jurisdição federal e venha a aplicar os institutos “despenalizadores” previstos na Lei nº 9.099/95.

Em suma, o legislador federal procurou forçar a instalação de Juizados Especiais Criminais Federais, não investindo o Juízo Estadual de jurisdição federal como ocorre por exemplo na hipótese prevista no artigo 27 da Lei nº 6.368/76. É certo que o legislador, como se costuma dizer popularmente, “choveu no molhado”, mas também é sabido que este mesmo legislador, conforme salientado, possui, repise-se, poucos conhecimentos sobre o sistema jurídico tanto que transformou a contravenção penal de porte de arma em crime (Lei nº 9.437/97), a fim de coibir a posse e uso de armas de fogo, mas quatro anos depois transformou este crime em infração penal de menor potencial ofensivo, admitindo a aplicação de “cestas básicas” ao autor da infração.

Portanto, em matéria de legislação, em especial penal, tudo é possível, face à falta de visão sistemática.

IV- DOS CRIMES QUE POSSUEM PROCEDIMENTO ESPECIAL PARA PROCESSO E JULGAMENTO

Muitos operadores do direito estão defendendo que o artigo 61 da Lei nº 9.099/95 foi revogado pelo parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 10.259/2001, conseqüentemente a parte final daquele dispositivo legal, que ressaltava os crimes com rito especial, não seria mais aplicada. Desta forma, o crime de abuso de poder, crimes contra a

honra, dentre outros, seriam infrações penais de menor potencial ofensivo, admitindo-se, em tese, a aplicação dos institutos “despenalizadores” da Lei nº 9.099/95.

Mais uma vez ousamos discordar.

Inicialmente, não se pode deixar de observar que o artigo 1º da Lei nº 10.259/2001 admite, de forma expressa, que se aplique aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais a Lei nº 9.099/95, naquilo que não houver incompatibilidade. Em sendo assim, verificamos que a ressalva constante no artigo 61 deste último diploma legal quanto às infrações penais com rito especial deve continuar ser aplicada, pois não há qualquer incompatibilidade, sendo certo que, entendimento em contrário, acabaria violando os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, previstos no artigo 2º da Lei nº 9.099/95, e outros princípios inclusive de ordem constitucional.

Ora, se o legislador prevê rito especial para o processo e julgamento de determinados crimes é porque, na grande maioria dos casos, há alguma complexidade ou peculiaridade, o que exclui por completo a competência do JECRIM.

Vejamos alguns exemplos:

No caso do crime de calúnia, previsto no artigo 138 do Código Penal, em que alguém imputa a outrem falsamente fato definido como crime. E se o suposto ofensor desejar fazer a exceção da verdade? Como compatibilizar com o princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, previstos na própria Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais?

O mesmo se pode questionar no caso do crime de difamação, em que o ofendido é agente público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções (artigo.139, parágrafo único, do Código Penal).

Sequer se pode cogitar da aplicação do artigo 77, § 2º, da Lei nº 9.099/95, porque na realidade para que haja exceção da verdade pressupõe o oferecimento de ação penal, sendo certo que o referido dispositivo legal prevê que se houver complexidade antes do exercício do direito de ação penal, o MP poderá requerer ao Juízo o encaminhamento das peças aos Juízo comum. Ora, a aplicação deste dispositivo seria o malfadado “jeitinho brasileiro” para adequar uma situação complexa, mas não seria a nosso ver, de boa técnica, pois

configuraria uma forma de não atender aos princípios informadores do JECRIM.

Um outro exemplo é o crime de abuso de poder, previsto na Lei nº 4.898/65, em que, no artigo 6º, § 3º, comina ao autor do delito as sanções penais de detenção de 10 (dez) dias a 06 (seis) meses, multa, perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo de até 03 (três) anos.

Em sendo assim, analisando-se as penas previstas para o referido delito, pode-se concluir que não se trata propriamente de infração de menor potencial ofensivo, muito pelo contrário, até porque o sujeito ativo do delito pode até mesmo perder seu cargo público.

Qual seria a razão de o legislador prever a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por um espaço de tempo? A resposta parece ser lógica - é que o sujeito ativo, agente público, ao cometer o crime de abuso de poder viola princípios constitucionais, como o da legalidade e o da moralidade administrativa (artigo 37 da CRFB/88). Portanto, o bem jurídico tutelado é bastante sério, o que afasta tal delito do conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, face à magnitude da lesão, além de ter rito especial.

Ora, à luz do princípio da ofensividade, aplicado por muitos, *nullum crime sine injuria*, se uma determinada infração viola bens jurídicos considerados pelo legislador constituinte como fundamentais, parece claro que não pode a mesma ser considerada de menor potencial ofensivo, pois violaria os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Não se pode olvidar que a ordem jurídica constitucional, no artigo 5º da CRFB/88, de forma expressa, **repele**:

- a. a tortura, o tratamento desumano ou degradante (inciso III);
- b. a violação da intimidade, da vida privada (inciso X);
- c. a violação do domicílio (inciso XI);
- d. a violação das correspondências e das comunicações telefônicas (inciso XII);
- e. a violação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI);
- f. a privação de liberdade sem o devido processo legal (inciso LIV);
- g. a prisão do cidadão, salvo em flagrante delito ou por ordem fundamentada de autoridade judicial (inciso LXI);

h. a prisão ilegal (inciso LXV);

i. a prisão quando a lei admitir liberdade provisória ou fiança (inciso VI);

Inclusive, assegura o direito à indenização ao cidadão que ficou preso além do tempo fixado na sentença (inciso LXXV).

Em sendo assim, suponhamos uma hipótese bastante comum em que um cidadão, suspeito de ter cometido um delito hediondo ou equiparado, tem a sua prisão temporária decretada por trinta dias, sendo prorrogada por mais trinta dias e, ao final, a Autoridade Policial prolonga ainda mais a privação da liberdade, cometendo o delito previsto no artigo 4º, alínea "i", da Lei nº 4.898/65.

Esse agente público que violou os direitos e garantias fundamentais de um cidadão, bem como os princípios da moralidade e legalidade administrativa fará jus à transação penal? Será que a infração cometida por esse agente público é de menor potencial ofensivo? E o bem jurídico ofendido, será que não é de grande importância inclusive constitucional? Será que a magnitude da lesão viabiliza, em tese, a transação penal? Será razoável e proporcional a aplicação dos institutos "despenalizadores" da Lei nº 9.099/95 a autores de tal delito?

Ora, como aplicar uma pena restritiva de direitos ou o pagamento das denominadas "cestas básicas" a um agente público que atentou com o segundo maior direito do cidadão que é a liberdade, sendo o primeiro, o direito à vida.

Parece cristalino que as hipóteses delituosas previstas na lei nº 4.898/65 estão correlacionadas com os direitos e garantias individuais, previstas no artigo 5º da CRFB/88. Portanto, conclui-se que não pode ser considerada infração de menor potencial ofensivo, até porque seria teratológico o legislador erigir determinados direitos à categoria de direitos e garantias fundamentais, mas caso violados as consequências jurídicas seriam mínimas ou inexistentes.

No âmbito da legislação falimentar, tem-se o crime previsto no artigo 190 do Decreto-lei nº 7.661/45, em que trata como crime a aquisição de bens da massa falida por determinadas pessoas, como o magistrado, o membro do Ministério Público, dentre outros, tendo como pena máxima abstratamente cominada de dois anos de detenção.

Ora, como compatibilizar o rito do processo dos crimes falimentares com a simplicidade, o informalismo, a oralidade e a celeridade dos Juizados Especiais Criminais?

Não há inclusive quem entenda que o inquérito judicial é contraditório (artigo 106 do Decreto-lei nº 7.661/45, como José Frederico Marques e Fernando da Costa Tourinho Filho)? Como será possível apenas lavrar um termo circunstanciado?

Se for preconizado o entendimento de que o artigo 61 da Lei nº 9.099/95 foi totalmente revogado, conseqüentemente o crime que tenha rito especial, dependendo da pena (não superior a dois anos), seria considerado infração penal de menor potencial ofensivo. Desta forma, chegaríamos ao absurdo de excluir as contravenções penais dos Juizados Especiais, senão vejamos:

Ora, é certo e sabido que infração penal configura gênero, tendo como espécies o crime/delito e as contravenções penais, sendo certo que o artigo 61 da Lei nº 9.099/95, de forma técnica, colocou como infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes cujas penas máximas não superam um ano. Já o artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001, não foi tão técnico, pois considera como infrações penais de menor potencial ofensivo “os crimes” (grifei), silenciando quanto às contravenções penais. Então, estas estariam fora do conceito?

Não há dúvidas de que o artigo 109 da CRFB/88 exclui da competência da Justiça Federal as contravenções penais, razão talvez pela qual a Lei nº 10.259/2001 excluiu do conceito o “crime-anão”. Mas se o artigo 61 da Lei nº 9.099/95 foi revogado e se for possível “ressuscitar” a parte que prevê as contravenções penais, da mesma forma poderá ser “ressuscitada” a ressalva (“excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”).

De se verificar que este entendimento foi acolhido em novembro de 2001, no 10º Encontro do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais, realizado em Porto Velho-Rondônia, que teve a participação também do Exmo. Sr. Presidente do E. STJ, Ministro Costa Leite, tendo, na ocasião, sido editado o enunciado nº 46, *in litteris*:

“A lei nº 10.259/2001 ampliou a competência dos Juizados Especiais Criminais dos Estados e Distrito Federal para o julgamento de crimes com pena máxima cominada até dois anos, excetuados aqueles sujeitos a procedimento especial.”

V- CONCLUSÃO

Conclui-se que não há qualquer vício de inconstitucionalidade na Lei nº 10.259/2001, sendo certo que o novo conceito de infração penal de menor potencial ofensivo deve levar em conta todas as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não ultrapasse dois anos, ressalvados aqueles que possuem rito especial. Outrossim, rogamos a Deus que o legislador tenha mais cautela nos projetos de leis, buscando orientações jurídicas dos operadores de direito, a fim de que sejam evitadas reformas pontuais e teratológicas, como ocorreu com a lei dos delitos hediondos, lei de combate à tortura, lei dos juizados especiais criminais Estadual e Federal e a novel lei de entorpecentes, dentre tantas outras. (6)

Arbitragem e Tutela do Consumidor

Fábio Costa Soares

Juiz de Direito do TJ/RJ. Mestre em Direito Processual (UERJ). Especialista em Direito do Consumidor (CEPED/UERJ). Ex-Defensor Público e ex-Promotor de Justiça.

1-INTRODUÇÃO

A busca por soluções alternativas de conflitos de interesses e pela proteção jurídica do consumidor tem sido incessante. A preocupação pela *efetividade* e pela *adequação* está presente nas duas searas. Nesse sentido, a submissão das partes ao juízo arbitral é feita na expectativa de obtenção de solução *adequada* e *efetiva* para o conflito de interesses e tutela das suas pretensões. Outrossim, a tutela jurisdicional dos interesses e direitos do consumidor deve ser conferida de forma *adequada* e *efetiva*, o que pressupõe a *integralidade* e a *tempestividade*.

Na linha dos postulados da terceira fase metodológica da Ciência Processual, a arbitragem ocupa papel de destaque como alternativa à solução *estatal* dos conflitos de interesses, vislumbrando-se notável avanço no ordenamento jurídico pátrio com as normas consagradas na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

No que tange à proteção dos interesses e direitos do consumidor, a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 é marco histórico, editado em cumprimento ao mandamento consagrado no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República de 1988 e sob a ideologia emanada da norma enun-

ciada no artigo 5º, inciso XXXII da mesma Carta, que determina a promoção da defesa do consumidor pelo Estado, na forma da Lei.

Este breve estudo objetiva analisar o instituto da arbitragem, que apresenta inegável importância no cenário atual da solução alternativa de conflitos de interesses, em cotejo com a proteção jurídica conferida ao consumidor por força de mandamentos constitucionais, no plano *material e instrumental*, aferindo se é possível a utilização daquele instituto para a solução alternativa de lides de consumo.

2-A BUSCA POR MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: A ARBITRAGEM

Algumas deficiências do sistema de justiça estatal dos diversos países, embora seja o método mais prestigiado de solução de conflitos na sociedade, não obstante os muitos avanços obtidos impulsionam as pessoas em direção aos métodos alternativos para solução de conflitos de interesses sem a participação do Estado. A intervenção estatal poderá ocorrer nas hipóteses de recusa de uma das partes a se submeter ao resultado obtido pela válida utilização do método eleito (*cf.* artigo 7º da L.A.) e para a prática de atos coativos que importem ingerência no patrimônio da pessoa.

A ausência de aptidão do aparelho judiciário estatal para proporcionar, em alguns casos específicos, uma adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional das posições jurídicas de vantagem é responsável pela preocupação dos operadores do Direito e dos legisladores em dotar o ordenamento jurídico de instrumentos alternativos para a solução de conflitos, paralelamente às reformas no *sistema estatal*¹ que vêm sendo empreendidas para permitir a obtenção de melhores resultados.

¹ *“Existem diversos sistemas que possibilitam a resolução de litígios, sendo o mais prestigiado deles o sistema jurisdicional estatal, em que o Estado se encarrega de instituir adrede órgãos destinados a essa finalidade (juízos), reservando-se, com exclusividade ou não, o monopólio da distribuição da justiça. É o denominado sistema da justiça pública, que tem no Estado o seu organizador e fiel garantidor, pela força que põe (e só ele pode pôr) a serviço da atividade jurisdicional. Ao lado desse sistema, que é o adotado pela generalidade dos países, viceja outro, em que o Estado, em vez de intervir diretamente nos conflitos de interesses, solucionando-os com a força da sua autoridade, permite que uma terceira pessoa o faça, segundo determinado procedimento e observado um mínimo de regras legais, mediante uma decisão com autoridade idêntica à de uma sentença judicial. É o denominado sistema de arbitragem, que, a grosso modo, nada mais é do que a resolução do litígio por meio de árbitros, com a mesma eficácia da sentença judicial”* (ALVIM, J.E. Carreira. Comentários à Lei de Arbitragem [Lei n.º 9.307, de 23/9/1996]. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 24).

A arbitragem é método alternativo de solução de conflitos, através do qual as pessoas capazes submetem a um árbitro, ou a mais de um a questão versando sobre direitos patrimoniais disponíveis a ser dirimida, submetendo-se à decisão que vier a ser proferida. Como assevera JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ:

“A arbitragem pode ser definida como uma técnica que visa a solucionar questões de interesse de duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, sobre as quais as mesmas possam dispor livremente em termos de transação e renúncia, por decisão de uma ou mais pessoas – o árbitro ou os árbitros – os quais têm poderes para assim decidir pelas partes, por delegação expressa destas, resultante de convenção privada, sem estar investidos destas funções pelo Estado.”¹²

Trata-se de método alternativo à jurisdição estatal, que somente pode ser utilizado por pessoas que estejam no exercício de sua capacidade civil e tem objeto restrito aos direitos patrimoniais disponíveis (cf. artigo 1º da Lei nº. 9.307/96).

A arbitragem é mecanismo que resulta do *consenso*³ dos titulares dos direitos materiais em testilha, que optam por submeter a questão à apreciação de alguém que não integra o sistema da Justiça Estatal. Assim, como corolário da autonomia da vontade, as partes deixam de exercer o direito que resulta da garantia da

¹² GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRs. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 67. Para PEDRO BATISTA MARTINS, *“arbitragem, pois, lato sensu é o meio pacífico [uma vez que deliberada de forma bilateral] de dirimir todo e qualquer tipo de conflito existente entre as partes contratantes, devendo estas se submeterem, de boa-fé, à sentença ou laudo arbitral, o qual pode extinguir, modificar ou criar direito”* (MARTINS, Pedro Batista. *Aspectos da Arbitragem Comercial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990, pp.1-2). A natureza contratual da arbitragem é fortemente criticada pela doutrina especializada, que reconhece a autonomia da cláusula compromissória, afirmando Cláudio Vianna de Lima que a Lei nº. 9.307/96 *“marca, em suma, a arbitragem, ressaltando a consensualidade que lhe é própria, com a potencialidade de sua antecipação (consenso antecipado) e de sua complementação consequente (complementaridade eventual) e a normatividade peculiar ao instituto, tudo o que resulta da adoção da expressão, para tanto, consagrada: convenção de arbitragem”* (LIMA, Cláudio Vianna. *Ensaio Sobre os Efeitos do Uso da Expressão ‘Convenção de Arbitragem’ na Lei nº. 9.307/96”*. In. *Aspectos Atuais da Arbitragem*. Coord.: Adriana Noemi Pucci. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 73).

³ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *“Limites da Sentença Arbitral e de Seu Controle Jurisdicional”*. In *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 31.

inafastabilidade do controle jurisdicional nas hipóteses de lesão a direitos, consagrada no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988.

Há algumas razões para a eleição deste método de resolução de conflitos, muito difundido nos EUA e Inglaterra (*ADR – Alternative Dispute Resolutions*), diante de algumas falhas apontadas na solução de conflitos pelo sistema da Justiça Estatal. Como asseveram CAPPELLETTI e GARTH:

“(...) existem vantagens óbvias tanto para as partes como para o sistema jurídico quando o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos Tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediatas, tais como o juízo arbitral”⁴.

Certo é que o processo judicial em todos os Países do mundo tem se revelado lento, independentemente da vinculação do Estado à *common law* (e.g., os EUA e a Inglaterra) ou à *civil law* (v.g., o Brasil e a Itália), nada obstante a aproximação que já se faz sentir entre os ordenamentos processuais das duas grandes famílias do Direito⁵.

Importantes reformas processuais têm sido empreendidas até o presente momento para tentar solucionar a questão da demora na solução do caso concreto diante da explosão de demanda⁶ verificada

⁴ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 83.

⁵ Na precisa observação de José Carlos Barbosa Moreira, “(...) há sinais visíveis de encurtamento da distância entre processo de *common law* e processo de *civil law*. Marco importante de tal evolução, do lado de lá da linha divisória, é o ainda recente surgimento, na Inglaterra, de um código de processo civil (*Rules of Civil Procedure*), que aproxima em mais de um ponto o sistema processual inglês do modelo predominante na Europa continental” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O Processo Civil Brasileiro Entre Dois Mundos”. In *Revista da EMERJ*. V. 4, nº. 16, 2001, p. 22).

⁶ Como observou Arnaldo Wald, “a sobrecarga do Poder Judiciário, em todos os países e, em particular, no Brasil, tem ensejado a criação de novos sistemas de solução de conflitos de interesses, que vão desde os juizados de pequenas causas até a arbitragem e as diversas formas de mediação” (WALD, Arnaldo. “O Regime da Cláusula Compromissória na Jurisprudência Recente”. In *Aspectos Atuais da Arbitragem*. Coord.: Adriana Noemi Pucci. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 18).

a partir da década de 90⁷, contando com o esforço dos membros do Poder Judiciário e dos demais operadores do Direito, com a adoção e aplicação, no Brasil e em outros Países, de importantes técnicas de aceleração da entrega dos provimentos jurisdicionais (v.g., artigo 273 e 461, do CPC; artigo 84 da Lei nº 8.078/90).

A questão atinente ao *tempo* de duração do processo judicial, notadamente quando a lide envolve questões fáticas mais densas e complexas, ou vultosas quantias condicionantes do desempenho de atividade empresarial de grande porte, são fatores que influenciam na procura por métodos alternativos de solução dos conflitos existentes, como a arbitragem. Nessa linha, observa CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

*“A tempestividade da tutela é notoriamente favorecida pela maior celeridade com que se realiza o processo arbitral, em contraposição às longas esperas a que se sujeita quem depende de um pleito perante a Justiça estatal. (...) A presteza da tutela mediante a arbitragem é favorecida pela sensível simplificação das formas de seu procedimento, o qual não se pauta por regras preestabelecidas e fixas, sendo as partes livres para especificar os parâmetros de atuação dos árbitros.”*⁸

No ordenamento jurídico brasileiro, a celeridade no processo da arbitragem é perseguida pela norma enunciada no artigo 23 da Lei nº. 9.307/96⁹.

⁷ Analisando a questão da explosão de litigiosidade antes contida, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro afirma, com base em dados estatísticos, que *“é praticamente impossível, por mais capazes que sejam os juízes e os operadores da justiça em geral, que através do processo tradicional se possa resolver o problema da litigiosidade no nosso país. É preciso incentivar a prática dos chamados equivalentes jurisdicionais e, em especial, da conciliação, que permite uma rápida solução do conflito e ao mesmo tempo assegura, de certo modo, a pacificação entre as partes. Não existem vencedores nem perdedores.”* (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça. Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Uma nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 76-77).

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Limites...*, cit., p. 32.

⁹ Lei nº. 9.307/96, artigo 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

Também a publicidade dos atos processuais e julgamentos do Poder Judiciário (Constituição da República de 1988, artigo 5º, inciso LX e artigo 93, inciso IX; Código de Processo Civil de 1973, artigo 155) funcionam em alguns casos como estímulo à procura de métodos alternativos para a solução de conflitos, Código de Processo Civil de 1973, *verbi gratia*, entre duas empresas de grande porte, versando sobre matéria que se deseja manter sigilo e impedir o acesso à informações importantes pelas demais empresas concorrentes no mercado¹⁰. Nesse sentido, *“evitar as longas e caras demoras do processo tradicional e a publicidade de seus litígios, talvez com divulgação de segredos empresariais, são também razões que legitimam o juízo arbitral no contexto dos instrumentos de acesso à justiça”*¹¹

Destaque-se, ainda, que a arbitragem é instituída objetivando não apenas uma solução rápida e sem publicidade, preservando segredos tecnológicos, profissionais e econômicos, mas também visando alcançar o melhor resultado na solução de lides envolvendo determinadas matérias, marcadas pela complexidade e especialidade.

A maior capacidade técnica do árbitro, ou dos árbitros escolhidos de acordo com a sua experiência profissional e formação especializada, revelam maior aptidão para a solução mais *adequada* do conflito de interesses com aquelas peculiaridades, que exigiriam do membro do Poder Judiciário formação extensa em áreas que escapam à sua formação profissional e cujo conhecimento não é detido na mesma extensão pelo grande número de peritos que atuam como auxiliares da Justiça. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO observa:

“A busca da tutela adequada, ou seja, substancialmente justa, é favorecida por vários modos no processo arbitral, inclusive mediante a eleição de árbitros profissionalmente preparados para

¹⁰ *“Se no âmbito da jurisdição estatal a regra é a da publicidade dos atos processuais, com as cabíveis exceções do segredo de justiça, na arbitragem, por pressuposto, o rito desenvolve-se sob o manto da confidencialidade. É esta, universalmente, uma das maiores vantagens da jurisdição arbitral”* (MARTINS, Pedro A. Batista. “Tópicos Relevantes da Estipulação da Arbitragem Comercial”. In *Aspectos Atuais da Arbitragem*. Coord.: Adriana Noemi Pucci. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 305).

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Limites...*, cit., p. 32.

*melhor entender questões e apreciar fatos inerentes ao seu conhecimento específico – o que não sucede no processo judicial, em que a presença de questões técnicas leva os juízes a louvarem-se peritos, deixando de ter contato direto com a realidade do litígio e sem terem, eles próprios, familiaridade com a matéria.*¹²

Como se infere, a doutrina costuma arrolar grande número de vantagens decorrentes da adoção da arbitragem como método alternativo de solução de conflitos.

DALMO DE ABREU DALLARI, em trabalho dedicado ao tema da arbitragem, oferece síntese conclusiva ao tema no mesmo sentido, ao asseverar que esse método alternativo de solução pacífica e de conflitos “(...) ganhou maior importância ultimamente por vários motivos, dentre os quais avulta a sobrecarga e inadequação dos órgãos judiciais, em face do aumento vertiginoso e da maior complexidade das demandas.”¹³

Portanto, os obstáculos consistentes no *tempo* de duração do processo judicial, na *publicidade* dos atos processuais e julgamentos do Poder Judiciário e na *complexidade fática e técnica* de algumas lides, são suficientes, isolada ou cumulativamente, para mover as partes na direção dos métodos alternativos de solução de conflitos, capazes de produzir um resultado rápido, adequado, efetivo e sem publicidade, quando necessário para a preservação dos interesses das partes envolvidas.

3-ARBITRAGEM E TUTELA DO CONSUMIDOR

3.1-Cláusula compromissória: Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, artigo 51, inciso VI

A cláusula compromissória é espécie do gênero convenção de arbitragem, caracterizando a opção pelo sistema alternativo de solução de conflitos em momento anterior ao surgimento da lide. Através da cláusula compromissória, as partes convencionam sub-

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Limites...*, cit., p. 32.

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. “A Tradição da Arbitragem e Sua Valorização Contemporânea”. In *Aspectos Atuais da Arbitragem*. Coord.: Adriana Noemi Pucci. Rio de Janeiro: Forensc, 2001, p.110.

meter a decisão sobre eventual litígio ao juízo arbitral, retirando do Poder Judiciário a competência jurisdicional sobre aquele.

O artigo 51, inciso VII da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 dispõe ser nula de pleno direito a cláusula contratual que imponha a utilização compulsória da arbitragem.

Assim, a cláusula compromissória inserida em contrato de consumo, mesmo com observância das normas do artigo 4º, parágrafo 2º da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996¹⁴ quando estabelecida em instrumento de adesão, é nula de pleno direito. Por essa razão, não tem força para afastar a competência do sistema da Justiça Estatal para solucionar lides de consumo¹⁵ que ainda não ocorreram¹⁶. É, portanto, inaplicável a sistemática prevista no artigo 7º e parágrafos da Lei n.º 9.307/96.

3.2-Compromisso arbitral e lides de Consumo

O compromisso arbitral evidencia a opção pelo método alternativo de solução de conflitos feita após o surgimento da lide e exige uma análise mais apurada sobre a sua possibilidade em se tratando de lides de consumo.

O tema é controvertido na doutrina. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO afirma que *“o compromisso arbitral não está proibido; ele, literalmente, não é cláusula, é ato autônomo; além disso, é realizado quando já há controvérsia existente, de tal forma que, se abuso houver, terá que ser examinado in concreto”*¹⁷. Prossegue o eminente Professor aduzindo que a arbitragem instituída deverá ser decidida *“sem ferir as normas cogentes do Código de Defesa do Consumidor”*¹⁸.

¹⁴“Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

¹⁵CY AZEVEDO, Antônio Junqueira. “A Arbitragem e o Direito do Consumidor”. In *Revista de Direito do Consumidor*. V. 23-24. São Paulo: RT, p. 33/40; CY MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 886 e ss.; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “La Nuova Legge Brasileira Sull Arbitrato”. In *Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p.277.

¹⁶CY MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos*...., 4ª ed., cit., p. 886 e ss.

¹⁷AZEVEDO, Antônio Junqueira. *A Arbitragem*...., cit., p. 38.

¹⁸AZEVEDO, Antônio Junqueira. *A Arbitragem*...., cit., p. 38.

Na mesma linha assevera JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, após analisar a questão da nulidade da cláusula compromissória nos contratos de consumo (CDC, artigo 51, inciso VII):

“Si badi, però: ciò non osta a che le parti, dopo l'avvento della lite, concordino nel sottoporla all'arbitrato e, con tale intenzione, concludano un compromesso, esista o meno una clausola compromissoria nello strumento contrattuale. La nullità di simile clausola non contamina il compromesso volontariamente celebrato. Sembra pertanto ingiustificata l'opinione di chi ritiene sottratte simpliciter all'arbitrato le questioni concernenti i rapporti di consumo.”¹⁹

Os fundamentos da doutrina que admite a utilização da arbitragem para a solução de lides de consumo decorrem apenas da distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral. A nulidade daquela (*ex vi* do disposto no artigo 51, inciso VII, da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990) não impede a validade de compromisso celebrado após a eclosão da lide.

Não nos parece, *data venia*, que o marco temporal da manifestação de vontade pela instituição da arbitragem possa ser o divisor de águas entre a impossibilidade (*cláusula compromissória* – antes da lide) e a possibilidade (*compromisso arbitral* – após o litígio) da instituição da arbitragem para solução de lides de consumo.

A questão é mais complexa e desperta maior interesse em face da norma do artigo 4º, inciso V, da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC), que enuncia entre os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo o *incentivo à criação pelos fornecedores de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo*.

Não parece que a norma do artigo 4º, inciso V, do CDC autoriza a conclusão no sentido da admissibilidade do juízo arbitral para a solução de lides entre consumidores e fornecedores, mormente considerando que o legislador consumerista positivou, no artigo 51, inciso VII, do diploma protetivo, tendência no sentido do afastamento da

¹⁹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *La Nuova...* cit., p. 277/278.

arbitragem para solucionar as lides de consumo, seguindo a orientação da Comunidade Econômica Européia²⁰.

Inicialmente, não se pode ignorar que o Código de Defesa do Consumidor alude à criação *pelos fornecedores* de mecanismos alternativos à solução dos conflitos de consumo. Assim, dessa norma não se pode extrair qualquer referência à arbitragem, haja vista que esta é fruto do *consenso das partes*, decorrente de manifestação *bi-lateral* de vontades. Como é óbvio, não basta um dos litigantes desejar instituir o juízo arbitral sendo necessário o concurso da outra parte, manifestando vontade também nesse sentido. Essa conclusão é mais patente quando se observa que a arbitragem não é o único²¹, talvez nem o mais eficaz, meio alternativo de solução de litígios. Em verdade, o *fornecedor não cria* o juízo arbitral, que tem existência prévia e independente dos conflitos submetidos a julgamento.

O legislador consumerista enuncia norma (artigo 4º, inciso VI) dirigida ao *fornecedor*, que deve através de *ato unilateral* adotar mecanismos alternativos à Justiça Estatal capazes de satisfazer os interesses e direitos do consumidor, lesados o ameaçados de lesão, sem qualquer referência à arbitragem.

Nessa linha, o fornecedor deverá criar serviços de atendimento ao cliente (SACs), “câmaras de conciliação”, ouvidorias etc., que não impedirão o ingresso no sistema da Justiça Estatal, se assim preferir o consumidor para a satisfação *integral* dos seus direitos (Cf. CDC, artigos 6º, VI e VII, 25, 34, III e 51, I e IV).

O que a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 visa com essa norma é estimular o fornecedor na adoção de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo para melhor atender os interesses do consumidor (CDC, artigo 4º, *caput*, e artigo 6º e I/X),

²⁰A Diretiva 93-13/CEE, de 05/04/1993, considera abusiva a cláusula contratual que tenha por efeito suprimir, ou obstaculizar, o exercício de ações judiciais ou de recursos por parte do consumidor, em particular obrigando-se a dirigir exclusivamente a uma jurisdição de arbitragem não coberta pelas disposições jurídicas (Apuđ. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...4ª ed.*, cit., p. 886).

²¹Sobre os diversos meios de solução de litígios alternativos à jurisdição estatal, consulte-se, dentre outros: CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. *Acesso...*, cit., p.81-90; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I São Paulo: Malheiros, 2001., p.117-124 [nn.45-46]; GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação...*, cit., p. 35-66; STRANGER, Irineu. *“Alternative Dispute Resolution (ADR)”*. In *Aspectos Atuais da Arbitragem*. Coord.: Adriana Noemi Pucci. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.135-142.

reparando ou evitando a lesão a direitos titularizados e decorrentes de normas de ordem pública e interesse social (CDC, artigo 1º) sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.

A interpretação sistemática e teleológica da norma do artigo 4º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor conduz ao significado de estímulo ao fornecedor, que deve ter consciência da *função social* de sua atividade empresarial, para criar mecanismos não apenas *alternativos*, mas também *complementares* (e não exclusivos) de solução dos conflitos de consumo. A lei objetiva, com essa norma, *ampliar o acesso* do consumidor ao gozo do bem da vida lesado ou ameaçado de lesão, não restringi-lo por ato de vontade do consumidor vulnerável²².

A utilização da arbitragem para a solução de conflitos de consumo não é o melhor caminho para a tutela efetiva dos interesses e direitos do consumidor. CLÁUDIA LIMA MARQUES já observou que a arbitragem, como método alternativo de composição de litígios, só funciona em lides envolvendo grandes empresas, ou comerciantes²³, com equivalente capacidade econômica. Como afirma a eminente Professora:

“Certo é que a nova lei de arbitragem tem caráter processual, é norma instrumental do direito civil e não deve ser usada para fugir, ou fraudar a aplicação do direito material imperativo, do direito civil, em relações per se tão desequilibradas e afeitas a abusos, como as de consumo. Sabe-se também do direito internacional que a arbitragem normalmente exige três árbitros, tem extremas dificuldades em seu processo de execução, o que a torna também custosa e demorada. O discurso pós-moderno da facilidade e a rapidez da arbitragem deve ser relativizado ante a experiência internacional que o compara a difíceis processos envolvendo normas de Direito Interna-

²²Nas palavras de Cláudia Lima Marques, “estas novas-velhas técnicas foram criadas para resolver conflitos nas relações entre iguais, particularmente entre comerciantes que hoje muito se utilizam da técnica dos contratos de adesão, e não para retirar a proteção estatal hoje concedida ao consumidor” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos....* 4ª. ed., cit., p. 891).

²³Cf. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos....* 4a ed., cit., p. 890.

*cional Privado em foro estrangeiro, sem litispendência e em face do atual fenômeno do forum shopping, com contratos sobre bagatelas de consumo. Igualmente, o seu laudo é de difícil execução, ainda mais quando ambos não concordam verdadeiramente em submeter sua lide à opinião de terceiros não-estatais. Em resumo, a arbitragem totalmente paraestatal encontra seu campo de atuação nas lides nacionais e nas lides internacionais entre comerciantes de grande porte, e é totalmente desaconselhável nas outras situações.*²⁴

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA também observa que “a arbitragem, com eventual ressalva para litígios atinentes ao comércio internacional, constitui entre nós fenômeno de ocorrência bastante rara”²⁵. No mesmo sentido assevera CARLOS ALBERTO CARMONA:

*“A arbitragem tem uma finalidade bastante específica: resolver problemas decorrentes do comércio, especialmente do comércio internacional, onde há necessidade de conhecimentos específicos tanto de direito internacional e comercial como de costumes e praxes do comércio. O custo, nestas hipóteses, é bem mais suportável, e as vantagens decorrentes da solução arbitral são mais visíveis.*²⁶

O constituinte de 1988 fez a acertada opção ideológica no sentido da promoção da *defesa do consumidor* (artigo 5º, inciso XXXII), necessária para a consecução dos fins almejados pelo Estado brasileiro (artigo 3º) e excluída do âmbito do poder de reforma da Constituição (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV).

A incompatibilidade entre os fundamentos da proteção jurídica do consumidor (decorrentes da sua múltipla vulnerabilidade)

²⁴MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...*, 4ª ed., cit., p. 890.

²⁵BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Miradas Sobre o Processo Civil Contemporâneo”. In *Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 51.

²⁶CARMONA, Carlos Alberto. “Arbitragem e Jurisdição”. In *Participação e Processo*. Coord.: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988, p. 305.

e os referentes à adoção da arbitragem como método alternativo de solução de conflitos entre consumidores e fornecedores é flagrante.

A proteção do consumidor fundamenta-se na *vulnerabilidade* deste (cf. CDC, artigo 4º, inciso I) e na *desigualdade* fática, técnica, econômica e jurídica entre os atores da relação jurídica de consumo, restringindo a autonomia da vontade das partes. Por outro lado, a arbitragem privilegia a autonomia da vontade e pressupõe a igualdade entre os litigantes desde a escolha do método alternativo, até o seu desfecho, incluindo a capacidade econômica para a remuneração do árbitro e para a produção de provas. A intervenção do Estado no conteúdo da relação jurídica de consumo é necessária para assegurar o seu equilíbrio e mitigar a vulnerabilidade do consumidor, mesmo nas hipóteses de direitos patrimoniais como se pode inferir pelas normas dos artigos 6º, inciso V, e 51, parágrafos 2º e 4º, da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, que autorizam a intervenção do juiz no contrato para assegurar o equilíbrio entre as prestações, interferindo, *verbi gratia*, no preço do objeto.

A grande capacidade econômica do fornecedor, o único que poderá arcar com as despesas do juízo arbitral, assim como a sua litigância habitual, são fatores de grande importância para o entendimento no sentido da inadmissibilidade da instituição do juízo arbitral para a solução das lides de consumo, haja vista que o consumidor não contará com a mesma capacidade de produção de provas necessárias, ou de influência psicológica, diante do escasso contato com os árbitros e da posição de inferioridade que ocupa.

Os árbitros com formação decorrente de atuação empresarial, tenderiam ainda que inconscientemente, a mitigar o sistema de proteção dos consumidores. Como assevera MAURO CAPPELLETI:

“É quase inevitável que faltem aos julgadores nos tribunais alternativos, pelo menos em parte, as salvaguardas de independência e treino de que dispõem os juízes ordinários. (...) E aos próprios procedimentos poderiam faltar, pelo menos em parte,

as garantias formais de equidade processual que são típicas do procedimento ordinário."²⁷

Em momento algum se pretende a *obrigatoriedade* de o consumidor recorrer ao Poder Judiciário para a satisfação de suas pretensões. O consumidor, de acordo com infinitas variáveis, poderá decidir com base em juízo de conveniência e oportunidade, exclusivamente seu, não exercer o direito decorrente da garantia constitucional de acesso à justiça (Constituição de 1988, artigo 5º, inciso XXXV).

O que não encontra amparo no ordenamento jurídico, que conta com norma constitucional que determina a proteção do consumidor pelo *Estado* (artigo 5º, inciso XXXII) é afastar do Poder Judiciário a competência para dirimir com definitividade e a critério do consumidor a questão, aplicando o direito material protetivo de acordo com os postulados constitucionais e legais pertinentes no ambiente do devido processo legal (CRFB/88, artigo 5º, LIV). Isso não ocorreria se fosse consentida a adoção da arbitragem para a solução das lides de consumo, decorrente da manifestação de vontade dos litigantes.

4-CONCLUSÃO

A arbitragem, fruto do consenso, privilegia a autonomia da vontade dos litigantes, que decidem afastar a competência do sistema de justiça estatal para a solução de litígios envolvendo, no ordenamento jurídico brasileiro, direitos patrimoniais disponíveis. A sua instituição pressupõe a igualdade entre as partes litigantes, evitando que o mais forte imponha a via alternativa e retire do sistema estatal o poder de decidir a questão.

A vulnerabilidade é a espinha dorsal do sistema protetivo do consumidor (CDC, art. 4º, I), que decorre do mandamento enuncia-

²⁷CAPPELLETTI, Mauro. "Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça" –relatório de abertura do Simpósio Jurídico W.G. HART sobre a Justiça Civil e suas Alternativas, realizado em Londres, 1992. Trad. de José Carlos Barbosa Moreira, in *Revista Forense*, v. 326, p.125. *Apud*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Miradas...", cit. p. 52, nota 12.

do no artigo 5º, XXXII da Constituição de 1988. As normas de proteção dos interesses e direitos do consumidor visam assegurar a igualdade material entre os atores da relação jurídica de consumo, restringindo a autonomia da vontade da parte mais forte no contexto da concepção social da atividade empresarial.

O Código de Defesa do Consumidor enunciou no artigo 51, inciso VII a nulidade da cláusula compromissória, em face da incompatibilidade entre os fundamentos da arbitragem e da proteção jurídica do consumidor.

A norma do artigo 4º, inciso V, da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, não autoriza a conclusão no sentido da possibilidade de instauração do juízo arbitral para a solução de lides de consumo. Objetiva estimular o fornecedor à adoção de mecanismos alternativos, mas complementares, de solução de conflitos de consumo para melhor atender os interesses do consumidor (CDC, artigo 4º *caput*, e artigo 6º e I/X), sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário. Contudo, tais mecanismos não poderão impedir o ingresso do consumidor no sistema da justiça estatal para a satisfação *integral* dos seus direitos (Cf. CDC, artigos 6º, VI e VII, 25, 34, III e 51, I e IV).

A utilização da arbitragem para a solução de conflitos de consumo não é o melhor caminho para a tutela efetiva dos interesses e direitos do consumidor. Há incompatibilidade entre os fundamentos da proteção jurídica do consumidor e os referentes à adoção da arbitragem como método alternativo de solução de conflitos entre consumidores e fornecedores.

O ingresso do consumidor no Poder Judiciário não é obrigatório. O que não encontra amparo no ordenamento jurídico, que determina a proteção do consumidor pelo *Estado* (Constituição de 1988, artigo 5º, inciso XXXII), é afastar do Poder Judiciário a competência para dirimir com definitividade a questão, aplicando o direito material protetivo de acordo com os postulados constitucionais e legais pertinentes. ⁽⁶⁷⁾

Seguro: Prêmio versus Indenização

Luis Camargo Pinto de Carvalho
Desembargador do TJ/SP

Amiúde se lê em petições e arrazoados de advogados que seus clientes, diante de um infortúnio, buscam receber da seguradora o *prêmio* correspondente ao seguro ajustado.

Tal confusão não tem sido privilégio dos causídicos, haja vista já ter sido perpetrada por ilustre ministro de tribunal superior brasileiro, em seminário sobre seguro, para o espanto da platéia, na qual o rabiscador destas linhas estava presente.

Há não muito tempo, relendo a saborosa obra do saudoso Professor JORGE AMERICANO, **São Paulo nesse tempo**, Melhoramentos, 1962, p. 163, ele, ao relatar interessante caso de aplicação do *conto do seguro* em uma seguradora, faz a seguinte afirmação: “Dias depois o sobrinho apresentou-se na Cia. de Seguros com a apólice, a certidão de óbito e a do enterramento e *recebeu o prêmio do seguro*, que repartiu com Cerveira”.

Da primeira vez que lemos essa obra, ainda estudante da nossa velha Academia do Largo de São Francisco, o excerto transcrito não nos chamou a atenção como agora.

Acaso o ilustre mestre e o não menos eminente ministro desconheciam que, em matéria de seguro, *prêmio* não se confunde com *indenização*, porquanto aquele é o preço do seguro, ou seja, o valor pago pelo segurado à seguradora, e não o que esta está obrigada a lhe pagar em caso de sinistro?¹

¹ O eminente Prof. VOLTAIR MARTINI, autor de preciosos estudos e obras sobre seguro, que nos tem honrado com referências elogiosas a este modesto trabalho, anteriormente divulgado no meio segurador, sem acabamento final (“Cadernos de Seguros, Funenseg”, 3/2002, p. 35), lembra, na obra **O Contrato de Seguros à luz do novo Código Civil**,

Temos absoluta certeza que não. *O mesmo não se pode afirmar em relação aos trabalhos de alguns profissionais do direito. Estamos certos que em muitos destes casos a confusão decorre de apedutismo jurídico.*

No entanto, aos não iniciados no jargão jurídico não deixa de chamar a atenção o emprego do vocábulo *prêmio* para designar o pagamento que o segurado faz à seguradora relativo ao preço do seguro contratado, quando usualmente, ao ouvi-lo, a primeira idéia que nos vem à mente é de ganho em algum concurso.

O nosso AURÉLIO diz que significa: "1. Bem material ou moral recebido por um serviço prestado, por um trabalho executado, ou por méritos especiais; recompensa, galardão: obter um prêmio; merecer um prêmio. 2. Recompensa conferida a quem se distingue em competição, jogo ou concurso: *Diversos escritores concorreram ao prêmio Machado de Assis; Ganhou um bonito prêmio no bingo.* 3. Recompensa dada a alunos que se distinguem: prêmio de aproveitamento escolar".

Acrescenta, também, que pode significar o "ágio pago acima do preço nominal (de uma ação, debênture, etc.);" ou o "preço que se paga por uma opção)" ou o "ágio exigido pelos subscritores de ações, por ocasião do aumento de capital das sociedades anônimas" e, finalmente, o "bem ou vantagem oferecida ao consumidor, condicionada à compra de uma mercadoria; bônus".

E não deixa de mencionar, no entanto, o significado de "pagamento que o segurado faz à companhia seguradora, para obter direito a indenização na ocorrência de determinado evento".

Na mesma linha o HOUAISS, que, no verbete *prêmio*, sob a rubrica *seguros*, esclarece que se trata de "pagamento que al-

Ed. Síntese, 2002, p. 24, que nem mesmo o inexecedível PONTES DE MIRANDA escapou de, num cochilo, ter cometido confusão entre as expressões *prêmio* e *indenização*, como se constata de excerto que se encontra no vol. V de seu monumental *Tratado de Direito Privado*, Borsoi, 3ª ed., 1970, § 509, 1.º, p. 13. O mestre, ao lecionar sobre os *deveres jurídicos* que acarretam conseqüências, sem que a pessoa tenha agido em contrariedade a direito, cita o exemplo de "Quando o segurado deixa de comunicar ao segurador o sinistro, de que teve notícia, a ponto de já não poder o segurador evitar, ou atenuar, as conseqüências, fica esse exonerado (art. 1.457 e parágrafo único)", *la menção é ao Código Civil anterior; o dispositivo correspondente no atual é o art. 771*. Linhas abaixo, completa que, nesse caso e em outros que menciona, "não se pode falar de dever jurídico: a falta do ato não causou prejuízo a ninguém; apenas o próprio agente deixa de ter ação de regresso como (...) o segurado perde o seu direito ao *prêmio*."

Evidentemente, o que PONTES pretendeu dizer é que ele perde é o direito à *indenização* e não ao *prêmio*, pois este já foi ou deve ter sido pago pelo segurado, *anteriormente*..

guém faz à companhia seguradora, para ter cobertura para um bem seu". E, com mais clareza, no verbete *seguro*, registra: "(sXVI) Rubrica: termo jurídico. Contrato em virtude do qual um dos contratantes (segurador) assume a obrigação de pagar ao outro (segurado), ou a quem este designar, uma indenização, um capital ou uma renda, no caso em que advenha o risco indicado e temido, obrigando-se o segurado, por sua vez, a lhe pagar o prêmio que se tenha estabelecido".

Por derradeiro, em relação aos dicionários², o novel **Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia de Ciências de Lisboa**, em relação ao vocábulo *prêmio*, depois de dá-lo como originário da palavra latina *praemium*, registra significar, na linguagem jurídica, "Pagamento efectuado pelo segurado à companhia seguradora e, graças ao qual, adquire o direito a uma indemnização em caso de acidente. *O prêmio do seguro automóvel*"³.

Em 1815, o grande VISCONDE DE CAIRÚ⁴, NOS SEUS célebres **Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha**, já assim lecionava, na grafia original: "O Premio do Seguro sendo o preço convencional do risco marítimo, constitue huma parte essencial, e integrante da Apolice; e por tanto nella deve-se declarar assim o ajuste da somma requerida pelos Seguradores, como o tempo do respectivo pagamento. Os Francezes chamão ao premio *Prime*; porque na origem, ou introducção do contracto do Seguro, costuma-se pagar o premio primeiro que tudo, logo á assignatura da Apolice. Os Inglezes o denominão *Consideration*; porque em consideração da quantia que

² Não pode deixar de merecer observação o fato de o grande ANTONIO NASCENTES, no seu **Dicionário da Língua Portuguesa**, embora elaborado em 1943 e editado pela Academia Brasileira de Letras, em 1961, como *projeto de seu Dicionário da Língua Portuguesa* (que nunca foi levado a bom termo...), no verbete *prêmio*, omitir o significado jurídico do vocábulo, ligando-o ao seguro. O mesmo fazem LAUDELINO FREIRE, no seu **Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa**, publicado entre 1939 e 1940, pela Ed. A Noite, e CALDAS AULETE, na edição atualizada por HAMILCAR DE GARCIA, publicada em 1958, pela Ed. Delta.

³ Editorial Verbo, 2001.

⁴ JOSÉ DA SILVA LISBOA. Esse ilustre brasileiro, que teve decisiva participação na abertura dos portos do Brasil, nasceu na Bahia (Salvador), em 16 de julho de 1756 e faleceu no Rio de Janeiro em 20 de agosto de 1835. Foi autor de diversas obras, além dos célebres **Princípios**, mencionando o Prof. LAMY F^o (vide, nota 5, abaixo) as seguintes: **Princípios de Economia Política** (1804), **Observações sobre o comércio francês no Brasil** (1808), **Refutação das reclamações contra o Comércio Inglês** (1810), **Ensaio sobre o estabelecimento de Bancos** (1811), **Estudos do Bem Comum e Economia Política** (1819/1820), **Espírito de Vieira** (1821), **Memórias dos Benefícios Políticos do Governo do El-Rei D. João VI** (1818), **Constituição Moral ou Deveres do Cidadão** (1824/1825) e a **Cartilha da Escola Brasileira**, para a instrução elementar da Religião no Brasil (1831).

estipulão a seu favor, he que se resolvem a tomar sobre si os riscos da cousa alheia. Também dá-se-lhe o nome de *Custo*, e *Agio do Seguro*⁵.

E nessa significação é o vocábulo empregado atualmente em quase todas as legislações dos povos cultos (= civilizados), como nos foi dado observar: *premio*, em italiano; *prime*, em francês; *prima*, em espanhol; *premium*, em inglês⁶.

Esclarece JOSÉ FERREIRA BORGES⁷, no seu clássico e histórico *Diccionario Juridico-Comercial*, no verbete *Premio do Seguro*, que essa expressão é um “termo commercial”, significando “o preço que o segurador estipulou, e o segurado prometteu pela responsabilidade dos riscos tomados. – Chama-se também o *custo do seguro*. O premio ordinariamente consiste em dinheiro; pôde todavia consistir em qualquer outro objecto estimado, e até mesmo n’uma obrigação de *fazer*, que o segurado contrahisse (*Rogron*) (...)”.

⁵ Excerto extraído da edição de 1815, do primeiro volume, publicado em Lisboa, na Impressão Régia. Servimo-nos da edição fac-similada que possuímos editada em 1963, pelo então Ministério da Justiça e Negócios Interiores, com apresentação do Prof. ALFREDO LAMY FALEIRO. O segundo volume foi publicado em 1818; o terceiro em 1817; o quarto, o quinto, o sexto, em duas partes, e o sétimo e último, em 1819. Importante registrar, no entanto, que segundo WALDEMAR FERREIRA (*Tratado de Direito Commercial*, Saraiva, 1ª vol., 1960, p. 68), as primeiras edições desses *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*, de CAIRÚ, foram editadas entre 1798 e 1804, acrescentando que a obra *Princípios de Economia Política*, de 1804, foi escrita para compor um dos tomos dos *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*.

⁶ “Premium the sum paid to an insurer as consideration for a policy of insurance” (STEVEN H. GINS, *Law Dictionary*, Ed. Barron’s).

⁷ Parece que a primeira edição dessa preciosa obra teria vindo a lume em 1833, pois o prefácio do autor está datado de 27 de fevereiro desse ano. O exemplar que possuímos corresponde à 2ª edição, publicada no Porto, em 1856, depois do seu falecimento, fato ocorrido em 1838. No final da obra há a seguinte e interessante observação: “F. E. – Tudo o que vai entre ¶ não é do Autor. Elle principiou a citar os Artigos do Codigo Commercial nas primeiras palavras d’este Diccionario, mas interrompendo-lhe a morte este trabalho, o Editor o não supprio por lhe parecer desnecessario á vista do indice alphabetico do mesmo Codigo”.

Considerando a data em que essa obra foi publicada, quase 20 anos depois da edição do primeiro volume dos *Princípios de CAIRÚ*, estes já deveriam ser do conhecimento de FERREIRA BORGES. No entanto, não logramos encontrar no seu Dicionário nenhuma referência àquele autor e à sua obra. Veja-se que no prefácio do Dicionário, FERREIRA BORGES faz as seguintes e surpreendentes afirmações: “Nós, forçoso é confessal-o, somos a unica nação, que não tem escritores commerciaes (...)”; “A necessidade de uma obra d’ esta natureza entre nós é da primeira evidencia: e a falta absoluta de escriptos commerciaes entre nós exige (...)”; e “este Diccionario deve ser util a todo o portuguez e brasileiro, seja qual for a sua profissão ou emprego” (p. VI).

Essas afirmações mais nos chamam a atenção porque constam dos frontispícios de todos os volumes dos *Princípios de CAIRÚ*, que eram “para uso da mocidade portugueza, destinada ao commercio”. No entanto, lembra o sempre pranteado Prof. WALDEMAR FERREIRA que o mesmo JOSÉ FERREIRA BORGES, na sua obra *Das Fontes, Especialidade e Excelência da Administração Commercial segundo o Código Commercial Português*, editada no Porto, em 1835, tece loas a CAIRÚ, afirmando que foi “o primeiro jurisconsulto commercial que escreveu em nossa linguagem”, cujas obras foram Código Mercantil para Portugal até à publicação do Código Commercial Português.

Invocando o italiano BALDASSERONI (POMPEO), autor do *Dizionario ragionato della giurisprudenza marittima e di commercio*, publicado em Livorno, em 1811, e o francês VALIN (RENÉ JOSUÉ), autor do *Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance de Marine du Mois d'Août 1681*, publicado em 1792, afirma que "O premio do seguro pôde pagar-se antes do contracto, ao tempo d'elle, depois d'assignada a apolice, e mesmo depois de terminados os riscos"⁸.

Em seguida a essa afirmação, acrescenta FERREIRA BORGES, deixando claro: "No principio d'este contracto era outra a jurisprudencia, porque chamou-se prêmio o que os francezes dizem *prime*, porque se pagava *primo*, antes de tudo, como adverte *Dufour*, tom. 1, pag. 93: assim a Ord. de 1681, art. 6, titulo dos *Seguros* mandava pagal-o por inteiro ao tempo d'assignatura d'apolice" (p. 315).

Verifica-se, quanto à origem do vocábulo *prêmio*, que há divergência entre os juristas que se debruçaram sobre o assunto (e não foram muitos)⁹. Os etimologistas, em seus dicionários, preocuparam-se com isso mesmo porque constitui o objeto deles¹⁰.

⁸ Também CARU menciona a hipótese de ajuste de "premio condicional", que "he aquella, que se estipula com a restrição de que só será devido, verificadas certas circunstancias, de lugar, tempo, e acontecimento, segundo o interesse do Segurado; como por exemplo, se o Navio chegar a salvamento; se tocar a certo porto" (p. 101).

⁹ Eis alguns exemplos. Entre os argentinos, ISAAC HALPERIN, *El Contrato de Seguro*. Buenos Aires, 1946, invocando o alemão BRUCK (*Das Privatversicherungsrecht, handbuch Privatversicherungsrecht*), limita a dizer, em nota de rodapé: "El origen de la palabra prima, no se halla en *primo* o pago anticipado, sino en *pretium*, *premium*" (p. 167), o que é repetido por ALBERTO RIVERA, *Derecho Comercial*, v. II, Buenos Aires, 1957, p. 327; CARLOS C. MALAGARRIGA, no seu substancioso *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, v. III, Buenos Aires, 1958, é completamente omisso em relação à origem da palavra *prima* atendo-se apenas a afirmar que o segurado deve pagá-la no tempo e na forma convenionada (p. 327). Omisso, também a respeito, o espanhol LUS BENÍTEZ DE LUGO REYMUENDO, em seu monumental *Tratado de Seguros*, v. I, Madrid, 1955, p. 312, e MANUEL BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1972, p. 431. Da mesma forma os italianos UMBERTO NAVARRINI, *Tattato Elementare di Diritto Commerciale*, Roma, 1914, p. 308, nº 357 e GIUSEPPE FERRO, *Manuale di Diritto Commerciale*, IV ed., UTET, 1976, p. 848, nº 615. Nada falam a respeito os comercialistas brasileiros que trataram do contrato de seguro: WALDEMAR FERREIRA, *Tratado de Direito Comercial*, Saraiva, v. 11, 1963, p. 596, nº 2.609, FRAN MARTINS, *Contratos e Obrigações Comerciais*, Forense, 13ª ed., 1995, p. 362, nº 312 e o Min. JOSÉ AUGUSTO DELGADO, *Comentários ao Novo Código Civil*, Forense, v. XI, t. I, 2004, p. 181 ess.

¹⁰ SILVEIRA BUENO, no seu *Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa*, Editado pela Saraiva, em 1966, diz *admir* o verbete prêmio do vocábulo latino *praemium*. No entanto, embora o dicionário seja também *prosódico*, não oferece o sentido jurídico do vocábulo, como ligado ao seguro; a mesma origem dá ANTONIO GERALDO DA CUNHA, no seu *Dicionário Etimológico*, editado pela Nova Fronteira, em 1982; ANTONIO NASCENTES, no seu *Dicionário Etimológico Resumido*, publicado pelo Instituto Nacional do Livro (MEC), em 1966, limita-se a dizer que vem do vocábulo latino *praemiu*, o que nos surpreende, pois embora estejamos muitíssimo longe de nos arvorarmos em latinistas, não logramos saber onde o grande mestre foi buscar o final "u" para essa palavra, já que é da segunda declinação (*praemium, ii*) e não consta mesmo para os substantivos neutros esse final. Será essa palavra do latim vulgar? JOAN COROMINAS, o grande etimologista e filólogo espanhol, no seu *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, Madrid, 1980, afirma vir do vocábulo latino *praemium*, com o sentido de recompensa, mais

Os juristas espanhóis ÁLVAREZ RIVERA, SAN MARTIN e VILAGRASA dizem que “prima del asegurador es el precio del riesgo. Se llama prima porque se paga primo, y ante todo, aun antes de comenzar a correr riesgo da cosa asegurada”¹¹.

Descartes de Magalhães afirma que a palavra *prime* parece ter sido introduzida na FRANÇA no século XVII, embora, segundo CLEIRAC, o *Guidon de la mer* empregasse a expressão *cout de l'assurance* e os jurisconsultos italianos diziam *consteum*. Acrescenta que “A palavra *prêmio*, conforme STYPMANUS, vem de *primum*. CLEIRAC, porém, afirma que ela deriva de primo, termo denunciativo do velho costume de se pagar, *antes de tudo*, o preço dos riscos ou o custo do seguro”¹².

Pontes de Miranda, por sua vez, registra que “*Prêmio* é a prestação do contraente que quer o seguro. O segurador assume o risco; para que isso ocorra, o contraente promete prestar ou presta desde logo o prêmio. O étimo parece mostrar que o sentido de prêmio, no seguro, é mais próprio do que o de premiar algum ato já praticado ou obra feita (*praiemion*). Cf. VANICEK (*Etymologisches Wörterbuch der lateinischen Sprache*, 2ª ed., 19); mas, em verdade, toda recompensa quase sempre é prometida”¹³.

Nessa linha, afirma PEDRO ALVIM que, por ser a compensação pela assunção do risco, “uma corrente doutrinária admite que, etimologicamente, prêmio significa “*proemium*” com o sentido de recompensa”¹⁴.

Mais esclarecedores, os mestres belgas FÉLIX MONETTE, ALBERT DE VILLÉ e ROBERT ANDRÉ oferecem-nos a seguinte nota à página 185 do seu *Traité des Assurances Terrestres*: “Quant à l’origine du mot «pri-

propriamente *botin*, *despojo* (que significam presas de guerra). Mas acrescenta: “O latinismo inglês *premium* (pronunciado *primium*) deu *prima*, com o sentido de ‘pagamento vantajoso’, em meados do séc. XIX, passando pelo francês *prime*, em 1669”.

¹¹ *Tratado de Derecho Mercantil Español*, Madrid, 1916, p. 344

¹² *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, 1922, v. II, p. 622.

¹³ *Tratado de Direito Privado*, Borsoi, tomo XLV, 2ª ed., 1964, p. 311, § 4.919.

¹⁴ *O Contrato de Seguro*, Forense, 3ª ed., p. 269. Chama a atenção, todavia, o fato de nenhum dos grandes dicionaristas latinos – SARAVIA, TORRENHA e FARRA – registrarem esse vocábulo, o que faz supor erro gráfico. Mas o mencionado por PONTES (*praiemion*) também não consta dos dicionários e sabemos todos que, em relação aos seus escritos, os erros meramente gráficos praticamente inexistem. Daf...

me», d'aucuns y retrouvent le mot latin *praemium* (prix, rémunération, récompense), d'autres le mot latin *primum* (adverbe signifiant «d'abord»), la prime étant payable par anticipation. La première explication semble la bonne, d'autant plus que le mot nous est venu d'Angleterre, terre ancestrale de l'assurance, où le mot «premium», qui rappelle le *praemium* latin, se prononce «prímium»¹⁵.

Saraiva (F. R. dos Santos), no seu monumental **Novíssimo Dicionário Latino-Português**, traz o verbete *praemium, ii (praemii)*, como substantivo neutro da segunda declinação, mas não registra sua origem etimológica¹⁶. Já TORRINHA (FRANCISCO), em seu clássico **Dicionário Latino Português**, no verbete *praemium*, dá-nos a seguinte origem etimológica para o vocábulo: é a “parte da presa tomada a inimigo e retirada em primeiro lugar para ser oferecida à divindade que deu a vitória, ou ao vencedor”. No mesmo sentido, Prof. ERNESTO FARIA, no seu excelente **Dicionário Escolar Latino-Português**, 6ª ed., MEC, 1982.

De qualquer sorte, o que é inquestionável é não se poder confundir a palavra *prêmio do seguro*, que TEIXEIRA DE FREITAS, no seu **Vocabulário Jurídico**, já definia como “o preço ajustado entre o segurado e o segurador, para aquele indenizar-se do sinistro pelo meios convenionados”, com a *indenização* paga pelo segurador, no caso da ocorrência do sinistro.

CLOVIS, com a sua irrepreensível precisão de conceitos, há muitas décadas, leciona que “*prêmio* é a soma que o segurado paga ao segurador, como compensação da responsabilidade que ele assume pelos riscos. É a prestação do segurado no contrato de seguro”¹⁷.

Em conclusão, nada justifica que, em pleno século XXI, continue medrando confusão entre esses vocábulos cujos conceitos são

¹⁵ Buxelles/Paris, 1949.

¹⁶ Redigido segundo o plano do filólogo francês LOUIS QUOËRAT, 5ª ed, publicada por H. Garnier, Livreiro-Editor, Rio/Paris, s/d.

¹⁷ **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**, v. V, 10ª ed., Livr. Frco. Alves, p. 150. Cumpre lembrar que a 1ª edição do v. I dessa imorredoura obra foi publicado em 1916, quando a Lei nº 3.071, de 1/1/1916, que aprovou o Código Civil, ainda se encontrava no período de *vacatio legis* e o volume V, ao qual se fez referência no texto, foi publicado pela primeira vez em 1919.

tão visceralmente distintos. *Prêmio* quem paga é o segurado ao segurador, como preço do seguro contratado, e *indenização* é o que deve o segurador pagar ao segurado, em caso de sinistro. ☞

O Fenômeno da Denúnciação da Lide e a Responsabilidade Objetiva nas Concessões de Transporte Público

Antonio Aurélio Abi Ramia Duarte
*Juiz de Direito. Conferencista da EMERJ.
Professor Licenciado da Escola Superior de
Administração e Negócios da UCAM.*

1. INTRODUÇÃO

Não se pretende aqui contestar ou discutir acerca da alteração processual efetuada para permitir a denúnciação de lide nos contratos de seguro (art. 280 do CPC), mesmo porque lei existe para ser cumprida, sendo o nosso CPC absolutamente claro quanto ao tema.

Contudo pretende-se refletir acerca da previsão em torno da responsabilidade objetiva nas concessões nos contratos de consumo e sua colidência com a norma processual. Ou seja, qual das situações se tornaria plenamente aplicável.

Não podemos afastar a aplicação da lei de seu norte principal (a Constituição Federal), bem como deixar de examinar o fenômeno sob o enfoque interpretativo do Direito Civil, sob pena de desconsiderarmos a responsabilidade objetiva nas concessões de transporte público, transformando-a numa absoluta inutilidade legislativa (um monstro sem forma e função, totalmente inútil).

Por vias transversas (norma processual), se tornará inútil a garantia constitucional da responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, da

CF/88 – inviabilizando o acesso à justiça, por clara violação à celeridade processual).

2. A REALIDADE DOS CASOS POSTOS EM JULGAMENTO

Grandes grupos econômicos visam o lucro acima de tudo; é regra de sobrevivência do mercado. Não há como imaginarmos um ato de desprendimento de uma grande empresa, por simples expectativa de *“fazer justiça no caso concreto”*. Por isso, não podemos crer que uma poderosa empresa de transporte denuncie a lide por ideal de justiça.

Por inúmeras vezes, em sede de audiência (art. 277 do CPC), me deparei com o comparecimento *“espontâneo”* de seguradoras que, mesmo não citadas e intimadas, pretendiam fazer parte da relação processual de qualquer maneira (recorrendo, se fosse o caso).

Por estarmos quase sempre diante de grandes grupos econômicos, representados por brilhantes escritórios de advocacia, presume-se que aquelas não compareciam por gesto de *“absoluta cristandade, senso de justiça e consciência social”*, mas por terem claro interesse na condução do feito (lamentavelmente, nem sempre verificados para o pronto e imediato julgamento da lide – celeridade).

Tal comportamento (revelador de um interesse de cunho eminentemente econômico) visa trazer toda uma celeuma para o feito, até então inexistente, posto estarmos diante da responsabilidade objetiva. Discutem culpa... discutem responsabilidade subjetiva e objetiva, suas relações e efeitos... discutem conduta de terceiros... discutem regresso... discutem a conduta do autor, discutem e discutem (isso sem falar nos intermináveis recursos...). A celeridade é posta de lado.

A certeza única que resta é a de vermos um autor perplexo com o fato de saber que seu processo tardará, e muito, sem entender porque um contrato celebrado entre o réu e um terceiro pode comprometer seu direito.

E mais, o efeito prático da denúncia é de um retardo expressivo e incomparável, com prazos mais dilargados, recursos infinitos, protelações múltiplas etc. O certo é que o resultado prático para o autor é rigorosamente o mesmo.

Portanto, seria técnica ou não a denúncia, se tratarmos da responsabilidade essencialmente objetiva? Subverteríamos o instituto constitucional, e por vias transversas corromperíamos a responsabilidade objetiva, tornando-a uma grande panacéia, um engodo sem aplicação prática?

3. O ASPECTO CONSTITUCIONAL DAS CONCESSÕES E DA APLICABILIDADE DO CDC AO TRANSPORTE PÚBLICO

A responsabilidade objetiva no caso do transporte público fulcra-se tanto na *relação de consumo (CDC)* como por *determinação constitucional (art. 37, § 6º da CF/88)*.

A previsão constitucional é clara ao estabelecer a responsabilidade objetiva (*nesse sentido: D. Constitucional*, Alexandre de Moraes, p. 352, 16ª edição) diante da concessão (contrato de natureza administrativa), tendo sido trazida para o nosso Direito (por influência do Direito Francês) por nomes como Rui Barbosa, Pedro Lessa, Amaro Cavalcante e outros.

Sua acolhida deu-se primeiro na nossa Jurisprudência (STF – Min. Ozimbo Nonato e Filadelfo Azevedo), delineando o claro esboço do futuro acolhimento da teoria do risco administrativo (adiante, foi acatada a responsabilidade objetiva no art. 194 da CF/1946, sendo repetida nas Cartas de 1967 e 1969).

O Colendo STF tem aplicado reiteradas vezes sua essência e elementos, como vemos nas seguintes decisões: RTJ 140/636, 55/50, RDA 137/233, entre outras.

Vozes respeitáveis como Hely Lopes Meirelles e Celso Antonio Bandeira de Mello, ainda sob o regime anterior, levantaram-se *no sentido de ser estendida a responsabilidade objetiva aos concessionários de serviços públicos*, sendo a justificativa absolutamente lógica: *quem tem os bônus, deve suportar os ônus (in Programa de Responsabilidade Civil, Sergio Cavalieri, p. 251, 5ª ed.)*.

A necessidade de responderem os concessionários objetivamente foi destacada por lição de Hely Lopes Meirelles: “... estas também respondem objetivamente pelos danos que seus empregados, nesta qualidade, causarem a terceiro” (*Direito Administrativo*, 28ª ed., p. 627).

Adiante, leciona o Prof. José dos Santos Carvalho Filho, na obra **Direito Administrativo**, 11ª edição, p. 451/454: *“A segunda categoria constitui inovação no mandamento constitucional – as pessoas de direito privado prestadoras de serviço público. A intenção do constituinte foi de igualar, para fins de sujeição à responsabilidade objetiva, as pessoas de direito público e aquelas que, embora com personalidade jurídica de direito privado, executassem função que, em princípio, caberia ao Estado (...). A marca característica da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência de culpa do agente ou do serviço”*.

Especificamente acerca da responsabilidade civil das concessionárias de serviços públicos, leciona o mestre acima citado (p. 328): *“Ao executar o serviço, o concessionário assume todos os riscos do empreendimento. Por esse motivo, cabe-lhe a responsabilidade civil e administrativa pelos prejuízos que causar ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros. No que toca ao ilícito civil, a atividade do concessionário rege-se pela responsabilidade objetiva...”*.

Portanto, estamos diante de uma modalidade de responsabilidade alçada ao nível de garantia constitucional, não se podendo duvidar do caráter de cláusula pétrea do art. 37 da CF/88, tamanha sua importância normativa.

Destaco que a lei que norteia as concessões (art. 31 e 175), prevê que estas *devem* ser prestadas de forma a manter o serviço adequado, satisfazendo as condições de regularidade, continuidade, **EFICIÊNCIA**, **SEGURANÇA**, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade de tarifas (*nesse sentido*: José dos S. Carvalho Filho, *op. cit.*, p. 333).

Para asseverar de vez a aplicação da responsabilidade objetiva diante da concessão de serviço público, eis a lição do Des. Sergio Cavalieri Filho, na obra **Programa de Responsabilidade Civil**: *“Tal como pessoas jurídicas de Direito Público (...) os concessionários estão sujeitos ao mesmo regime da Administração Pública no que respeita à responsabilidade civil”*. (p. 251, 5ª ed.).

Corroborando o acolhimento da responsabilidade objetiva nos contratos de transporte (por previsão constitucional), eis a interpretação do nosso egrégio TJERJ:

2005.001.21828 - APELAÇÃO CÍVEL

DES. LETICIA SARDAS - Julgamento: 06/09/2005 - OITAVA CÂMARA CÍVEL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. VÍTIMA MOTOCICLISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. RISCO ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE SERVIÇO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. A responsabilidade civil do transportador pode ser examinada por três aspectos: em relação aos seus empregados; em relação aos seus passageiros e em relação a terceiros. 2. Nos estritos termos do § 6º do artigo 37 da Carta Magna é objetiva a responsabilidade civil do Estado, fundada no risco administrativo. 3. Idêntico tratamento é dispensado às pessoas jurídicas de direito público prestadoras de serviços públicos. 4. O transporte coletivo é serviço público concedido, permitido ou autorizado. 5. O art. 14 do Código de Defesa do Consumidor atribuiu responsabilidade objetiva ao fornecedor de serviços.

2004.001.14424 - APELAÇÃO CÍVEL

DES. RONALDO ROCHA PASSOS - Julgamento: 14/09/2004 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ACIDENTE COM PASSAGEIRO. DANO MORAL. REDUCAO DO VALOR. SUMÁRIO. INDENIZATÓRIA. ACIDENTE AUTOMOTIVO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIRO. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTRATO ENTRE AS PARTES CARACTERIZADO EM QUE A AUTORA FIGURA COMO PASSAGEIRA DO VEÍCULO COLETIVO DE PROPRIEDADE DA RÉ. RESPONSABILIDADE OBJETIVA, A TEOR DO DISPOSTO NO § 6º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

2004.001.14861 - APELAÇÃO CIVEL

DES. LETICIA SARDAS - Julgamento: 26/10/2004 - OITAVA CÂMARA CÍVEL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA . TRANSPORTE COLETIVO. ATROPELAMENTO. CULPA EXCLU-

SIVA DA VÍTIMA . EXCLUDENTE CARACTERIZADA. ATROPELAMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. RISCO ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE SERVIÇO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FATO EXCLUSIVO DA VÍTIMA. EXCLUDENTES DO NEXO DE CAUSALIDADE.

1. A responsabilidade civil do transportador pode ser examinada por três aspectos: em relação aos seus empregados; em relação aos seus passageiros e em relação a terceiros. 2. Nos estritos termos do § 6º, do artigo 37 da Carta Magna é objetiva a responsabilidade civil do Estado, fundada no risco administrativo. 3. Idêntico tratamento é dispensado às pessoas jurídicas de direito público prestadoras de serviços públicos. 4. O transporte coletivo é serviço público concedido, permitido ou autorizado. 5. A responsabilidade civil do transportador em relação a terceiros é afastada pelas causas que excluem o nexo etiológico: fato exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior, fato exclusivo de terceiro. 6. O art. 14 do Código de Defesa do Consumidor atribuiu responsabilidade objetiva ao fornecedor de serviços. 7. O art. 17 equiparou todas as vítimas do evento, ainda que estranhas à relação contratual, superando a clássica dicotomia entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. 8. Com as modificações introduzidas pelas normas de defesa do consumidor, a responsabilidade civil nas relações de serviço e de consumo está submetida a uma única disciplina. 9. O fundamento da responsabilidade civil, em qualquer hipótese, é o defeito do produto ou do serviço. 10. Provimento do primeiro recurso, restando prejudicado o segundo.

2003.001.30152 - APELAÇÃO CÍVEL

DES. PAULO SÉRGIO FABIÃO - Julgamento: 15/06/2004 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. EMPRESA DE TRANSPORTE. ATROPELAMENTO DANO MORAL. INDENIZAÇÃO

Atropelamento. Concessionária do Estado. Responsabilidade Objetiva. Nexo causal. Ônus da prova. A responsabilidade

de das concessionárias de serviços públicos é objetiva e para afastá-la é necessária prova da culpa exclusiva da vítima, de terceiro ou ocorrência de fortuito. Se presentes o fato, o dano e o nexo causal entre este e a conduta do causador da lesão, não há como se afastar a responsabilidade. Cabe a quem alega o ônus de provar os fatos constitutivos; do seu direito que deduz em juízo, o que não conseguiu a empresa de ônibus causadora do atropelamento. Provimento parcial do primeiro apelo e desprovimento do segundo.

Por fim, o egrégio STJ (Agresp 371526-PR, 01ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, *idem*: Agresp 313886-RN e Eresp 128051-RS) entendeu majoritariamente que, nos casos de responsabilidade civil do Estado, não é obrigatória a denúncia, permanecendo a possibilidade de a administração exercer seu direito de regresso *em ação apropriada*, incorrendo violação ao art. 70, III, do CPC (nesse sentido também leciona Misael Montenegro Filho, na obra **Curso de Direito Processual Civil**, v. I, p. 328).

Portanto, lógica a conclusão de que para as concessionárias se aplica a responsabilidade objetiva nos exatos moldes previstos para o Estado, devendo qualquer outro fato ser discutido em via regressiva.

Com relação ao passageiro, a responsabilidade do transportador é contratual, sendo onerosa, bilateral, de adesão e comutativa (*nesse sentido: Programa de Responsabilidade Civil*, Sergio Cavalieri Filho, p. 294).

Contudo, *a cláusula de maior importância no aludido contrato é a de INCOLUMIDADE, fazendo com que a obrigação do transportador seja não só de resultado, mas também de GARANTIA*. Pretende a doutrina, com tal afirmação, alongar ainda mais a importância social (e jurídica) do contrato de transporte.

Leciona o citado Des. Sergio Cavalieri: *“Sem dúvida, a característica mais importante do contrato de transporte é a cláusula de incolumidade que nele está implícita. A obrigação do transportador não é apenas de meio, e não só de resultado, mas de garantia (...). Tem o transportador o dever de zelar pela incolumidade do passageiro na*

extensão necessária a lhe evitar qualquer acontecimento funesto, como assinalou Vivante, citado por Aguiar Dias” (op. cit. p. 294).

José de Aguiar Dias ratifica a posição acima transcrita (**Responsabilidade Civil**, v I, p. 230), reconhecendo a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco (*op. cit.* p. 109).

Da mesma forma nos fala Agostinho Alvim: *“Realmente, a obrigação do transportador é de fim e não de meio... obriga-se pelo fim, isto é, garante o bom êxito. Daí a apreciação rigorosa de sua responsabilidade”* (**Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências**, SP, Saraiva, 1955, p. 341)

Pelo art. 730 do NCC o contrato de transporte obriga o transportador a conduzir e transportar o passageiro com absoluta integridade (Rui Stoco, **Tratado de Responsabilidade Civil**, 6ª edição, p. 282/284), sendo o contrato típico de consumo.

Portanto, essa é a base para análise do contrato sob o enfoque administrativo-constitucional, sendo inequívoca a responsabilidade OBJETIVA e, como destacou o incomparável jurista Des. Sergio Cavalieri Filho “DE GARANTIA” (ou seja, mais do que de resultado).

O CDC (de aplicabilidade indiscutível aos contratos de transporte) também se aplica aos contratos de transporte, sendo posição doutrinária (Carlos Roberto Gonçalves, Rui Stoco e Sergio Cavalieri Filho) e jurisprudencial (STJ, *vide* Rui Stoco, p. 287) consolidada.

4. CONCLUSÕES ACERCA DO TEMA

Assim, tanto sob o enfoque material como constitucional, é altamente recomendável a plena aplicação da responsabilidade objetiva, de forma a não ser mitigada pela regra processual.

Aliás, seria uma heresia imaginar que uma norma processual venha a subverter e tornar absolutamente inútil um princípio – uma garantia – de direito constitucional (isso sem visualizarmos a regra de direito material violada). Neste sentido decidiu o E. STJ, no Ag 184.616/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriaghi, 3ª Turma, julgado em 29/03/2001:

Ementa: Processual Civil e Direito do Consumidor. Indenização por acidente de trânsito. Sentença condenatória prolatada

em favor do consumidor. Intervenção de terceiro que prejudicaria a consecução imediata do direito material do consumidor. Enaltecimento do princípio da vulnerabilidade do consumidor. Ordem pública.

Ora, estamos diante de clara RELAÇÃO DE CONSUMO (novamente, OBJETIVA – como exposto acima), sendo inaceitável o fenômeno da denúncia, visto como claro o entrave à resolução prática do feito.

O Enunciado 92 do Colendo TJERJ sustenta a impossibilidade da intervenção em feitos que norteiem relações de consumo:

Súmula n.º 92 - “Inadmissível, em qualquer hipótese, a denúncia da lide nas ações que versem relação de consumo”.

Referência: Súmula da Jurisprudência Predominante de n.º 2005.146.00006 – Julgamento em 10/10/2005 – Votação: unânime – Relator: Des. Sílvio Teixeira.

Adiante, nosso TJERJ tem reconhecido da *impossibilidade de acolhimento da denúncia da lide em relações de consumo* (saliente que as decisões foram proferidas, em sua maioria, no ano de 2005): 2005.002.06625, Rel. Des. Paulo G. Horta; 21.239/05, Rel. Des. José Carlos Paes; 2005.002.05908, Rel. Des. Mauro Dickstein; 2005.002.06065, Rel. Des. Marco Aurélio Froes; 2005.002.03605, Rel. Des. Sérgio Lúcio Cruz; 2005.002.00352, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho e 2005.002.03474, Rel. Des. Sidney Hartung; 2005.002.18780, Des. Otávio Rodrigues; 2005.002.11025, Des. Luiz Felipe Haddad; 2005.002.14817, Des. Siro Darlan de Oliveira; 2005.002.16392, Des. Luis Felipe Salomão; 2005.002.03062, Des. Francisco de Assis Pessanha; 2005.002.06081, Des. Bernardo Moreira Garcez Neto; 2004.002.23348, Des. Raul Celso Lins e Silva; 2004.001.11795, Des. Ermani Klausner; 2003.001.08826, Des. Joaquim Alves de Brito; 2004.002.19804, Des. Nagib Slaibi Filho.

Em absoluta consonância com a tese sustentada, transcrevo o voto lapidar do Exmo. Desembargador Luiz Felipe Haddad, Magistrado e Professor de cultura incontestes, expoente do nosso TJERJ:

2005.002.11025 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

'DES. LUIZ FELIPE HADDAD - Julgamento: 13/09/2005 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Demanda indenizatória, movida por passageiro vitimado de composição metroviária em face da administradora e concessionária. Denúnciação da lide, pela mesma, à dita empresa de seguro. Outras denúncias, pela última, a uma co-seguradora e ao IRB, indeferidas. Agravo de Instrumento. Suspensividade decretada. Razão que assiste à dedicada Magistrada de 1º grau. Relação de consumo evidente, na modalidade de prestação de serviço de transporte coletivo. Incidência plena do CODECON (Lei 8.078/1990). Enunciado nº 04, do II Encontro de Desembargadores Cíveis deste Estado (CEDES, maio/2005), que, fundamentado em interpretação racional e teleológica, proíbe a dita intervenção de terceiros em qualquer hipótese, em que exista tal relação. Interesse maior do autor originário, jungido ao princípio da celeridade. Direito de regresso que nada obsta ser perseguido por via autônoma. Interlocutório que se confirma. Recurso que se desprovê.

Estamos diante da responsabilidade objetiva, fixada por disposição constitucional e por aplicação do CDC, aliado ao reforço do NCC de 2002, sendo que prever a intervenção é tornar a norma inútil e inaplicável.

Não se pode ceder à pressão de interesses econômicos que pretendem fazer do processo não um instrumento de realização de justiça, mas sim, em regra, um mecanismo para tardar a realização do direito de alguém (geralmente miserável, absolutamente carente e necessitado da indenização pretendida). Afinal, essa é a principal vítima do processo moroso, burocrático, lento...

A CF/88, bússola de todo o nosso sistema e ordenamento jurídico, é clara em apontar dentre as disposições gerais da administração pública, a responsabilidade objetiva (alçada à qualidade de *garantia*). Dela deverá partir qualquer interpretação normativa, sob pena de subvertermos princípios constitucionais, não sendo aplicados em detrimento de simples disposições normativas.

A previsão foi a de dar um instrumento essencialmente operante à parte que postula no feito que envolve concessionária (em especial, no transporte urbano), com um enfoque da responsabilidade civil que resguarde seus direitos, e não uma teia desencontrada, morosa e sem saída. O certo é que *nenhum autor abriria mão da celeridade (se possível a opção) em prol da intervenção, e esse foi o inafastável espírito do constituinte, que deve ser respeitado.*

O frágil argumento de se tratar de intervenção fundada em lei cede por simples aplicação constitucional, não se podendo colocar o Direito Processual (instrumento) como principal objetivo, esquecendo-se da verdadeira essência pretendida pelo legislador. Portanto, **inacolhível a denúncia**, frente à natureza da responsabilidade objetiva e sua previsão normativa acima discorridos. ☐

Um Singelo Esboço da Teoria Geral dos Atos de Comunicação no Processo Penal

Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo
Professor de Direito Penal e Processo Penal da UCSal – Universidade Católica do Salvador; de Direito Penal da FABAC – Faculdade Baiana de Ciências; de Direito Processual Penal da Escola Superior do Ministério Público da Bahia; de Direito Processual Penal da Escola dos Magistrados da Bahia; de Processo Penal do Modus Faciendi – Centro Preparatório para Carreira Jurídica.

1. DA INTIMAÇÃO E NOTIFICAÇÃO – INTRODUÇÃO

Tanto a intimação como a notificação são atos de comunicação no processo penal. E isso, certamente, não representa para o leitor mais informado acerca do tema qualquer novidade. Pois bem. Sendo assim, para que possamos analisar, ainda que em linhas gerais, esses atos de comunicação, impõe-se de imediato o dever de entendê-los como tais, ou seja, de entendê-los como atos de uma comunicação que venha a ocorrer dentro do processo.

Nessa nossa breve introdução em torno da intimação e notificação, esclarecemos desde já ao leitor que não temos em mira os

atos de cientificação que venham a ser realizados antes de se poder afirmar categoricamente que existe processo. Vale dizer, temos em mente apenas os atos de comunicação ocorrentes dentro do processo, ou, dito de outra maneira, já tendo se constituído perfeitamente o processo.

Feita tal observação, pensamos que a intimação e a notificação, para que sejam entendidas como atos de comunicação, precisam obedecer ao que chamamos de núcleo essencial do ato de comunicação. Mas o que seria o núcleo essencial do ato de comunicação? A nosso ver, o núcleo essencial do ato de comunicação é o núcleo incomum que todo ato de comunicação deve possuir. Esse núcleo é constituído pelos seguintes elementos: a) emissor; b) receptor; c) informação; e d) instrumento utilizado para comunicação.

O emissor é sempre, a nosso ver, o Estado-Juiz. O receptor é o réu, o autor, a testemunha, o perito, o intérprete e qualquer outra pessoa que interesse ao processo. A informação é o conteúdo que se quer comunicar por meio da notificação ou da intimação. Tal informação pode ser alusiva a fato pretérito ou a fato futuro do processo. O instrumento utilizado para comunicação pode ser o correio, o mandado a ser cumprido pelo Oficial de Justiça, o telefone, o fax, o e-mail¹, o edital ou qualquer outro meio hábil.

Ante o exposto, percebe-se que, assim como qualquer ato de comunicação, a intimação, a notificação e a citação devem obedecer imprescindivelmente a tais exigências.

1.2. Dos pressupostos e requisitos dos atos de comunicação

Tecidas essas considerações preliminares, cabe agora passarmos ao exame dos pressupostos e requisitos dos atos de comunicação. Diga-se, desde já, que tanto as observações feitas na abordagem introdutória como os esclarecimentos sobre os quais ora iremos discorrer dizem respeito a uma teoria dos atos de comunicação que poderemos, por assim chamar, de teoria geral da comunicação ou dos atos de comunicação. Dito de outra forma, os pilares que ora

¹AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. "Citação por e-mail no processo penal: proposta a ser pensada". Disponível na internet www.ibccrim.org.br, 14.06.2004

trazemos a público no que se refere à notificação e à intimação também são aplicáveis, naquilo que for conciliável, a citação. Portanto, não deve incorrer o operador e o estudioso do direito em tal falha, ou seja, não equívoco de imaginar que essas explicações guardam pertinência apenas com a intimação e com a notificação, sem se referir à citação. Enfatize-se, por uma vez mais, que tais noções são, por conseguinte, de índole genérica e abrangente.

Nesse momento, o leitor poderia estar se indagando: qual a distinção entre pressuposto e requisito? E a tal pergunta, acrescentaríamos duas outras mais: qual a distinção entre pressuposto, requisito e condição? Tomado em consideração o ato de comunicação, quais são os requisitos e os pressupostos deste? Passemos, então, a um esboço de resposta a cada uma dessas perguntas.

No que tange ao pressuposto, ao requisito e à condição, pensamos que a distinção entre tais elementos esteja no momento em que se observa o ato jurídico, isto é, encontre-se no momento de realização do ato jurídico. Se é certo que o ato de comunicação é um ato processual, força é convir que todo ato processual é um ato jurídico e, como tal, submete-se, dadas as devidas proporções, à teoria geral dos atos jurídicos. Sendo assim, pensamos que pressupostos são todos os elementos que devam existir previamente (no pretérito) à realização do ato processual (ato jurídico).

Por outro lado, os requisitos são todos os elementos que devam estar presentes (no momento presente) no instante em que o ato processual está sendo consumado. Por sua vez, a condição, como já antecipa o Código Civil (CC, artigo 121 – “Considera-se condição... evento *futuro* e incerto”) é toda circunstância que possa vir a ocorrer no futuro. Nesse passo, convém assinalar que o direito civil nos ensina que pode haver duas espécies de condição, quais sejam, a resolutiva e a suspensiva.

Desta forma, portanto, nota-se que o ato jurídico pode ser analisado em três momentos distintos: pretérito, presente e futuro. Vale dizer, o ato jurídico deve ser percebido no seu antes, no seu durante e no seu depois. Logo, se isso se observa quanto ele, o mesmo deve ocorrer quanto ao ato processual, como ato jurídico que é.

Cientes de que tal proposta de distinção de tais expressões pode merecer diversas críticas da doutrina, advertimos ao leitor que a

distinção que ora estabelecemos, como todo argumento jurídico, tem um cunho subjetivo e valorativo e que, por isso, não pode ser tomado de forma inquestionável. Dessa maneira, toda crítica é produtiva e encontra, a nosso ver, papel relevante na produção do conhecimento valorativo - hermenêutico jurídico.

Respondidas duas primeiras indagações, cabe a nós agora enfrentar a última: tomado em consideração o ato de comunicação, quais são os requisitos e os pressupostos deste?

A nosso ver, os pressupostos do ato de comunicação (citação, intimação e notificação) são: a) a previsão legal do ato de comunicação; b) a relação jurídica processual perfeitamente constituída. De outro lado, os requisitos são: a) o Estado-Juiz (emissor da mensagem); b) o receptor (réu, autor, perito, testemunha etc.) da mensagem; c) o conteúdo da mensagem, ou seja, o ato processual que foi realizado ou que será realizado; e d) o instrumento processual utilizado para fazer a comunicação, isto é, se foi carta precatória, ou carta rogatória, ou AR, ou e-mail etc.

Mas, ao final de tais explicações, poderia restar ainda a seguinte dúvida: qual a finalidade do ato de comunicação? E mais que isso, qual o fundamento do ato de comunicação?

1.3. Das finalidades e fundamentos dos atos de comunicação

A finalidade do ato de comunicação é transmitir uma mensagem com sucesso. Em outras palavras, o escopo de qualquer ato de comunicação é dar publicidade de um evento que aconteceu ou que está por acontecer a uma determinada pessoa que faça parte (entendido no seu sentido amplo) do processo. Isto é, a finalidade direta do ato de comunicação é a publicidade interna do processo. Mas essa seria apenas uma finalidade imediata. Uma outra finalidade do mesmo ato é a que podemos denominar de mediata ou indireta. Nesse sentido, o ato de comunicação tem por objetivo deixar registrado e certificado, dentro dos autos do processo, que tal mensagem foi transmitida, de maneira efetiva ou fictícia, ao destinatário previsto em lei. Ou seja, a finalidade indireta do ato de comunicação é dar conhecimento às demais pessoas estranhas à relação processual da mensagem que se quis comunicar. Nesse sentido, o ato de comunicação é também uma prestação de contas à sociedade, o

que, na verdade, todo processo é, na medida em que serve aos ditames da Democracia. Por isso, a finalidade indireta do ato de comunicação é a publicidade externa do processo.

Quanto aos fundamentos dos atos de comunicação, pensamos que estes sejam os seguintes: a) o princípio da publicidade; b) o princípio da ampla defesa; c) o princípio do devido processo legal; d) o princípio do contraditório; e) o princípio da motivação das decisões; f) o princípio democrático² de direito.

Como se tratam de princípios largamente estudados na doutrina³, já de há muito, julgamos ser desnecessário o estudo casuístico de cada um deles.

1.4. Da distinção entre a intimação e a notificação

À intimação, o Código de Processo Penal dispensou, de maneira mais específica, os artigos 370, 371 e 372. Estes artigos encontram-se inseridos no Capítulo II do Título X do Livro I. Contudo, essas são apenas as regras mais específicas, pois, como se verá a seguir, dispositivos outros existem e também são aplicados à matéria.

Deixada temporariamente de lado essa questão, convém perguntar, desde logo, por que no Capítulo II do Título X do Livro I o *codex* disciplinou apenas as intimações, nada mencionando acerca das notificações? Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho⁴, essa distinção não foi feita por não ter o legislador imaginado qualquer interesse prático na diferenciação entre intimação e notificação, vez que a distinção que é feita é apenas de cunho doutrinário, sem nenhum reflexo na práxis.

De acordo com Basileu Garcia, citado por Fernando da Costa Tourinho Filho⁵, no sistema do vigente código processual penal são sinônimas as palavras “intimação” e “notificação”. E, na verdade, examinando-se o estatuto, infere-se que o legislador não se deteve

²FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002, p.74-75.

³NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, 5ª edição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 30-40; 127-148; 165-166; e 172-177.

⁴Ob. Cit., p. 212.

⁵Ob. Cit., p. 212.

em impor qualquer diferença entre ambas, utilizando-as indistintamente, às vezes até em sentido inadequado ou inapropriado, porém sempre a apontar sua *causa finalis*, ou seja, o escopo de ambas: cientificar, dar ciência a alguém. A propósito, atente-se para os casos a seguir: no artigo 429 fala-se em *intimação dos jurados*, quando o certo seria *notificação dos jurados*; o artigo 367 fala em revelia do réu *intimado para qualquer ato do processo*, quando deveria ter dito *do réu notificado para qualquer ato do processo*; o artigo 218 fala em *testemunha intimada* em lugar de *testemunha notificada*; o parágrafo segundo do artigo 271 fala em *intimação do assistente* em lugar de *notificação do assistente*.

Entretantes, mesmo não tendo o legislador ordinário manifestado interesse em diferenciar um instituto do outro, há distinção doutrinariamente. Notificação, do latim, *notus ficare*, é, conforme Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda⁶, o instrumento judicial de se cientificar uma determinada pessoa de que, se não fizer, ou se fizer certo ato, ou certos atos, estará submetida à cominação. Por sua vez, a intimação é o meio através do qual se dá conhecimento de ato já praticado.

Tratando ainda do tema, escreve Gabriel de Rezende Filho: “notificação é o conhecimento que se dá a alguém, para praticar ou deixar de praticar algum ato, sob certa cominação. Intimação é o modo de levar algum ato do processo ao conhecimento das partes ou de terceiros”⁷.

José Frederico Marques⁸, com espeque em Câmara Leal e Pontes de Miranda, assevera que a notificação se projeta no futuro, visto que leva ao conhecimento do sujeito processual, ou de outra pessoa que intervenha no processo, o pronunciamento jurisdicional determinando um *facere* ou *non facere*. A intimação, ao contrário, vincula-se a atos passados. E esclarece: *intima-se* o advogado de uma das partes sobre um determinado despacho e *notifica-se* a par-

⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 322.

⁷ REZENDE FILHO, Gabriel de. *Curso de Direito Processual Civil*, volume II, p. 82.

⁸ FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de Processo Civil*, volume II. p. 489-90.

te para comparecer, a fim de prestar depoimento pessoal sob pena de confissão.

Nos ensinamentos em torno do processo penal brasileiro, encontram-se, na sua maior parte, as mesmas definições. Nesse sentido também é o entendimento sufragado por Basileu Garcia⁹, o qual afirma que a notificação diz respeito a uma determinação da autoridade para a prática ou abstenção de um ato. De outro lado, a intimação consiste na comunicação de um ato já realizado, uma decisão ou sentença. Aliás, esse é também o ensinamento de Galdino Siqueira¹⁰ e Eduardo Espínola Filho¹¹.

A intimação é, portanto, comunicação que se dá a alguém de um ato já realizado, já consumado, seja uma decisão interlocutória, seja uma decisão definitiva, ou, como leciona Pontes de Miranda, é a cientificação do ato praticado. Assim, intima-se o réu de uma sentença (destaque-se que o réu está sendo comunicado de um ato consumado, ou seja, a sentença).

A notificação, por seu turno, é a comunicação que se faz a uma pessoa (autor, réu, testemunhas, *expert* etc.) de uma decisão ou despacho que determina uma ação ou uma omissão, sob pena de sanção. Desta forma, a testemunha é notificada, porque se lhe dá ciência de um ato judicial, com o fito de se fazer presente no fórum no momento designado, sob as penas previstas em lei. Em caso de não comparecimento, estará ela submetida àquelas sanções a que aludem os artigos 218 e 219 do CPP.

Entrementes, Guilherme de Souza Nucci defende posicionamento completamente distinto:

“Não vemos diferença alguma entre os termos intimação e notificação, por vezes usados na lei processual penal. Aliás, se fôssemos adotar uma posição que os distinguísse, terminaríamos contrapondo normas do próprio Código de Processo Pe-

⁹ GARCIA, Basileu. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Volume III, p. 373.

¹⁰ SIQUEIRA, Galdino. *Curso de processo criminal*, 2ª edição. 1930, p.122.

¹¹ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, p. 578.

nal, que não respeitou um padrão único. Há quem aprecie dizer ser a intimação apenas a ciência de algo e a notificação a convocação a fazer algo, mas nota-se, em várias passagens, que o Código usa, indiscriminadamente, os termos. Logo, cremos correto unificá-los, considerando-os sinônimos¹².

Por fim, acerca da distinção ou não entre a intimação e a notificação, registramos que o Código de Processo Civil, desde a reforma em 1994¹³, não faz mais qualquer distinção entre tais expressões. Pensamos que a tendência é que, no futuro, tal distinção deixe de existir, pois além de trazer confusões e equívocos acerca do uso correto das expressões, é inegável que tal distinção é mais cultivada pela doutrina do que pelo Código de Processo Penal e pela jurisprudência, o que já revela, a um só tempo, um apego desmedido a questão meramente formal (em afronta ao princípio da instrumentalidade) e a uma circunstância tão-somente acadêmica.

2. QUAL O DESTINATÁRIO DO ATO DE NOTIFICAÇÃO E/OU A INTIMAÇÃO?

A esse respeito é, de imediato, de se indagar: a notificação só, de destina às testemunhas e aos réus?

A resposta a tal pergunta é: não. Em todas as oportunidades em que a autoridade determinar seja alguém comunicado de que deve fazer ou deixar de fazer algo, resultando a desobediência na cominação de uma sanção, então se pode falar, de maneira técnica, em notificação.

Releva notar que está excluído dessa conceituação o chamamento inicial, que se faz por meio de citação. Dessa maneira, notificam-se as testemunhas para que venham depor...Caso as *testemunhas* não atendam à convocação, sujeitar-se-ão às sanções estabelecidas nos artigos 218 e 219 do CPP. Notifica-se o *réu* para presenciar à oitiva das testemunhas. E se desatender ao comunicado? Nesse caso, o processo continuará à sua revelia, de acordo com

¹²NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo e Execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 593.

¹³Reforma produzida pela Lei nº.8.952 de 13 de dezembro de 1994.

o artigo 367 do CPP. Notifica-se o *expert* a estar presente diante da autoridade ou em lugar determinado. A violação submetê-lo-á à cominação prevista no parágrafo único do artigo 277. Igual atitude será adotada contra o *intérprete*, quando notificado, por força do que pontifica o artigo 281 do *codex*. A *vítima* é notificada para se fazer presente diante da autoridade para dar declaração, uma vez que sua inobservância redundará na adoção do que dispõe o parágrafo único do artigo 201. Os *jurados* são notificados a comparecer à sessão do Tribunal do Júri. Na hipótese de desatendimento, a eles serão aplicadas as sanções inscritas no artigo 443. Qualquer que seja o ato do processo, deverá ser o *assistente de acusação* notificado, posto que sua desobediência provocará a cominação imposta no parágrafo segundo do artigo 271. Notificado ainda deverá ser o *querelante*, quando disser respeito a ato processual a que deva comparecer, vez que a sua ausência resultará em perempção, de acordo com o inciso III do artigo 60. Note-se que o *membro do Ministério Público* e o *Defensor* são também notificados, visto que sua inobservância pode levar o Magistrado, na primeira situação, a prestar tal notícia ao Procurador Geral de Justiça e, na segunda, a cominar a regra disposta no artigo 265 do *codex*.

Convém assinalar, por conseguinte, que o único sujeito processual a quem a notificação não se dirige é o juiz, posto que este é sempre o emissor da mensagem (do comando) a ser comunicada, não podendo, portanto, ser jamais o seu receptor. Contudo, quando fazemos tal assertiva estamos tendo em mente uma relação jurídica simples dialética, vez que se ao lado desta relação surge uma nova relação, tornando-se uma relação complexa, como, por exemplo, na exceção de suspeição, o juiz também poderá ser destinatário de uma notificação. ☞

Considerações sobre a Regra do Artigo 285-A e o Julgamento de Mérito Liminar

Sergio Ricardo de Arruda Fernandes
*Juiz de Direito do TJ/RJ. Auxiliar da 3ª Vice-
Presidência. Professor da EMERJ.*

Por intermédio da Lei 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, que entrará em vigor 90 dias após a sua publicação¹, o legislador incluiu no Código de Processo Civil o seguinte dispositivo:

“Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º. Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º. Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.”

Foi introduzida, no capítulo destinado pelo CPC à disciplina da petição inicial, regra inovadora, permitindo ao juiz julgar improce-

¹ Publicada no DOU em 08 de fevereiro de 2006.

dente o pedido deduzido pelo autor, antes mesmo da citação da parte demandada.

Por força da nova regra legal, o juiz, após o exame preliminar da petição inicial, poderá pôr fim ao processo, com apreciação de mérito, quando aferir a total improcedência do pedido diante de precedentes a respeito da mesma matéria de direito a ser analisada.

Trata-se de modificação visando a empreender maior celeridade ao processo, permitindo-lhe pronta solução de mérito se o assunto nele veiculado já for conhecido e o resultado da interpretação jurisprudencial for desfavorável ao autor. Alcança-se, assim, melhor resultado em termos de efetividade da prestação jurisdicional, abreviando-se a duração do processo e evitando-se a prática de inúmeros atos processuais, como forma de desafogar um pouco a máquina judiciária. E, naturalmente, sem causar prejuízo ao réu.

Vejamos os contornos da nova sistemática introduzida na lei processual.

Em primeiro lugar, continua valendo a assertiva de que o juiz, ao avaliar a petição inicial, somente poderá enfrentar questão relacionada ao seu mérito após certificar-se do preenchimento dos pressupostos para constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (art. 267, IV) e do correto exercício do direito de ação (art. 267, VI). Ou seja, constatada, por exemplo, a incompetência absoluta do juízo, cabe-lhe tão-somente declinar da competência, sem exame de qualquer outra questão a respeito daquela demanda. Ainda, se o juiz perceber que o autor não ostenta legitimidade para a causa, somente poderá indeferir a petição inicial nos termos do artigo 295, II do CPC, sem adentrar no exame da matéria de mérito.

Verificada a viabilidade do prosseguimento da ação, então caberá ao juiz, ainda, analisar se é possível o pronto julgamento de mérito, rejeitando a pretensão deduzida pelo autor. Até a introdução da regra legal sob comento, a única hipótese em que poderia o juiz resolver de plano o mérito da causa seria aquela em que apurasse o decurso de prazo decadencial (art. 295, IV). Assim porque, sendo a decadência apreciável de ofício, não dependeria o juiz da iniciativa da parte adversa para enfrentar a questão. E aferindo a consumação do prazo decadencial, no exame da petição inicial, ao invés de determinar a citação do réu, já deveria o juiz proferir sentença de mérito,

pondo termo ao processo bem ao início de sua constituição². O mesmo não ocorreria com a prescrição a despeito da referência ao artigo 219, § 5º, diante da natureza patrimonial dos direitos cuja exigibilidade esteja sujeita à prescrição. Vale observar, no entanto, a alteração dessa regra, por força da Lei 11.280/2006, passando a estabelecer, no § 5º do artigo 219, que o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição³. A partir de então, sendo possível ao juiz o exame de ofício da prescrição, ao lado da decadência, em qualquer das duas hipóteses poderá julgar de plano o mérito da causa, ainda que após apreciar a petição inicial.

Examinando a petição inicial, depois de aferir a viabilidade do prosseguimento da ação e de não ter havido a consumação de prazo decadencial ou prescricional (cujo exame antecede qualquer outra consideração sobre o mérito), cabe ao juiz antes de determinar a citação, de acordo com a nova regra legal em análise, verificar se a matéria litigiosa diz respeito exclusivamente a questão de direito e se há precedente sobre o tema. Concluindo pela existência de decisões proferidas em casos da mesma natureza, tendo sido adotada tese contrária à pretensão do autor, deverá o juiz proferir sentença de mérito, nesse estágio inicial da relação processual, na qual irá reproduzir os fundamentos das decisões precedentes.

Os pressupostos para essa iniciativa do juiz, aferidos literalmente do novo dispositivo, seriam: a) que a solução da questão trazida no pedido dependa unicamente do enfrentamento de matéria de direito; b) que naquele juízo, a respeito de casos idênticos, já tenham sido prolatadas sentenças de total improcedência; c) que o teor da decisão precedente seja reproduzido na sentença a ser liminarmente proferida. Cabe, assim, observar cada um desses requisitos, procurando extrair exatamente o seu alcance.

²Vide, nesse sentido, Barbosa Moreira, *in O Novo Processo Civil Brasileiro*, 22ª edição, Forense, 2002, p. 23.

³De acordo com a Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006 (publicada no DOU em 17.2.06), o artigo 219, § 5º do CPC passará a ter a seguinte redação: "o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição". E a citada lei ainda revoga o artigo 194 do novo Código Civil, que limita a apreciação *ex officio* da prescrição somente quando favorecer ao absolutamente incapaz.

O primeiro afasta a possibilidade de julgamento liminar do mérito quando a matéria depender da solução de questões de fato. Mais do que razoável, pois nessa etapa prematura da relação processual não seria apropriado, senão quase sempre impossível, que o juiz formasse o seu convencimento a respeito de matéria fática diante de incompleta atividade probatória (pois, até esse momento, teremos em regra apenas a prova documental trazida pelo autor). Assim, a aplicação do artigo 285-A exige que a solução da questão principal (objeto do pedido) passe apenas pelo exame de matéria de direito.

O segundo concerne à prévia existência de decisões sobre casos idênticos. A referência a casos “idênticos” denota a perspectiva de identidade apenas da questão jurídica a ser enfrentada. Certo, as lides não serão idênticas (hipótese em que incidiriam os efeitos da coisa julgada), mas apenas análogas, semelhantes. Na verdade, várias são as situações práticas em que temos ajuizado grande número de ações, nas quais os autores veiculam pretensões calcadas sobre a mesma questão de direito, como no caso das demandas tributárias, por exemplo.

O dispositivo em análise faz alusão à existência prévia de sentença proferida no juízo. O que nos leva à seguinte reflexão: o precedente há de ter sido necessariamente produzido por aquele mesmo juízo? Cremos que a jurisprudência e a doutrina deverão ampliar os limites dessa interpretação. Não é razoável que o juiz não possa aplicar a regra do artigo 285-A se, a despeito de não ter havido julgamento de ação semelhante naquele juízo, existam diversos precedentes dos demais juízos competentes para o exame da matéria, bem como decisões do Tribunal e, quem sabe, esteja a questão sumulada pelos Tribunais Superiores.

Da mesma forma, não deverá prevalecer interpretação restritiva se, naquele mesmo juízo, houver um único precedente, não obstante aludir o dispositivo legal à sentença proferida “em outros casos idênticos”. Parece-nos que a exigência legal, como um todo, recai apenas sobre a prévia existência de decisões judiciais sobre a matéria, aderindo o julgador à tese prevalente, cujo desfecho seja desfavorável ao autor.

Também merece investigação a adjetivação utilizada no dispositivo, pois a regra legal refere-se à sentença de “total” improce-

dência. A razão de ser do adjetivo está no fato de que a nova disciplina não tem aplicação se, diante dos precedentes judiciais em que se baseia o julgador, a conclusão for no sentido da procedência parcial do pedido formulado. Assim porque o juiz não poderia, nesse estágio inicial do processo, proferir sentença em parte desfavorável ao réu, ainda não citado, sem ferir o princípio constitucional do contraditório. Logo, se a solução do litígio, à luz das decisões judiciais que servem de paradigma, importa em sucumbência da parte demandada, ainda que parcial, há que se afastar a aplicação do artigo 285-A, impondo-se o prosseguimento do rito com a sua citação.

Por último, o dispositivo trata da reprodução do teor do julgamento precedente. A nosso sentir, essa exigência atende a duas finalidades. Em primeiro lugar, serve para comprovar a existência de decisões judiciais prestigiando a tese jurídica adotada na sentença, como na hipótese de sentenças anteriormente proferidas, de decisões uniformes do Tribunais ou, se for o caso, de súmula de jurisprudência existente sobre a questão. Em segundo lugar, visa a facilitar o trabalho do julgador, pois havendo sentenças proferidas em casos semelhantes, poderá reproduzir os seus fundamentos, que servirão para embasar a sua sentença de improcedência liminar.

Antes de se analisar a disciplina empreendida nos parágrafos do artigo 285-A, cabe uma observação importante. Numa visão apresada, poderíamos criticar o legislador ao fundamento de que, sendo a matéria unicamente de direito e já com decisões desfavoráveis à pretensão do autor, seria o caso, então, de indeferir a petição inicial pela impossibilidade jurídica do pedido (art. 295, I c/c parágrafo único, III). Não é essa a hipótese, entretanto. O exame da impossibilidade jurídica do pedido, como das demais condições para o regular exercício da ação, é feito em abstrato, isto é, à luz da relação jurídica material afirmada pelo autor em sua inicial⁴. Por sua vez, o exame que conclui

⁴Assim, Enrico Tullio Liebman, *in Manual de Direito Processual Civil*, v. I, 2ª ed., Forense, 1985, p. 162, ressaltando que o preenchimento das condições da ação não garante ao autor o resultado favorável de mérito. Enquanto a análise das condições da ação encontra-se submetida às regras do direito processual, a procedência do pedido depende do direito substancial que regula a relação jurídica material compreendida no pedido. Ainda, assevera Barbosa Moreira, *in Temas de Direito Processual* Primeira Série, Saraiva, 1977, p. 200, que o exame das condições da ação tem de ser feito com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se o julgador. E conclui que o seu exame há de ser feito *in statu assertionis*, admitindo, por hipótese e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para o juízo de mérito a respectiva apuração.

pela improcedência do pedido é realizado em concreto. Ou seja, não obstante a viabilidade da pretensão autoral, naquelas circunstâncias reais em que formulado, o pedido há de ser julgado improcedente. A diferença é sutil, mas existe e é importante.

Trabalhemos com o seguinte exemplo, para fins de facilitar a assimilação. Imaginemos a propositura de uma ação pela qual o autor, servidor público, pede que lhe seja reconhecido o direito à extensão de determinada vantagem pecuniária concedida a outros servidores, alegando que a sua concessão representava, na verdade, aumento geral de vencimentos do qual não fora contemplado. Analisando-se em tese a situação, compreende-se a possibilidade jurídica do pedido, pois se houve, como alegado, aumento geral de vencimentos aos servidores públicos, não seria justo nem legal que o autor fosse preterido. O que não significa dizer, contudo, que o autor faça jus à extensão pretendida. Digamos que, na situação narrada pelo autor, a jurisprudência já tenha concluído, por intermédio de diversos precedentes, que não houve aumento geral de vencimentos, mas tão-somente a concessão de gratificação específica a determinada categoria, por razões que lhe são próprias e exclusivas. Nesse caso, embora viável o exercício do direito de ação, o juiz poderá, aplicando a regra do artigo 285-A, julgar improcedente o pedido, fundamentando a sua decisão nos precedentes existentes sobre o assunto.

Pelo que vimos até o momento, atendidos os pressupostos exigidos no artigo 285-A, deverá o julgador proferir sentença de plano, julgando improcedente o pedido do autor. Hipótese em que, naturalmente, não haverá espaço para a condenação do autor ao pagamento de verba honorária em favor da parte ré ainda não citada.

Inconformado, caberá ao autor interpor recurso de apelação, como alude o § 1º do artigo 285-A. Na ausência de qualquer regra especial, aplicam-se os pressupostos gerais de admissibilidade da apelação, quanto a prazo, preparo *etc.* A única especialidade que decorre do § 1º diz respeito à existência de juízo de retratação no procedimento da apelação. Isso quer dizer que, interposto o recurso, ainda caberá ao juízo reapreciar os fundamentos de sua decisão, podendo, se convencido a tanto, reformar a sua decisão e determi-

nar a citação da parte ré (não para julgar procedente o pedido, evidentemente). Mantida a decisão, somente então o procedimento da apelação terá prosseguimento em direção ao seu julgamento pelo tribunal. Fala-se, aqui, em efeito devolutivo diferido⁵, pois o exame da matéria pelo órgão de segundo grau passa, antes, pelo exercício do juízo de retratação no órgão de origem.

Vale observar que não estamos diante da única hipótese em que a apelação comporta juízo de retratação. Assim também se dá com a apelação interposta contra a sentença que indefere a petição inicial (art. 296, parágrafo único), ou ainda quando interposta contra sentença proferida nos procedimentos regulados na Lei 8.069/90 (artigo 198, VII).

De acordo com o § 2º do artigo 285-A, se o juiz mantiver a sua sentença, ao invés de determinar o imediato encaminhamento dos autos do processo ao tribunal, ordenará a citação do réu para responder ao recurso.

Aqui o legislador fez opção oposta à adotada no artigo 296, parágrafo único do CPC. Enquanto que, na apelação interposta contra sentença que indefere a petição inicial, o réu não é chamado a participar do procedimento recursal⁶, na hipótese prevista no § 2º do artigo 285-A, o réu é citado, não para contestar o pedido, mas para apresentar as suas contra-razões.

E, no julgamento realizado pelo Tribunal, sendo desprovido o apelo, teremos a manutenção do resultado do processo, com a improcedência do pedido do autor, acrescentando-se apenas a imposição de verba honorária em detrimento do autor vencido. Em caso contrário, sendo o recurso provido, será determinado o prosseguimento do processo, no juízo de origem, no qual deverá ser aberto prazo para a resposta do réu.

⁵Vide Barbosa Moreira, *in* *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 12ª edição, Forense, 2005, p. 260.

⁶Entendeu-se não haver ofensa ao princípio do contraditório, nessa hipótese, pois se a decisão for reformada no Tribunal, determinando-se a citação do réu, este poderá ainda, na sua resposta, alegar a existência de vícios que impeçam o válido desenvolvimento do processo, cujo exame da matéria não estará precluso. Portanto, não haverá maior prejuízo para a sua defesa.

Não será possível ao órgão de segundo grau, ainda que o réu já esteja integrando a relação processual, dar provimento ao recurso para fins de julgar procedente o pedido. Assim porque, além da ausência de previsão legal expressa, não seria razoável a mitigação do contraditório, considerando-se que o réu foi citado apenas para acompanhar o procedimento recursal, não tendo tido, ainda, a oportunidade de apresentar a sua resposta (e, se for o caso, oferecer, além de contestação, exceção e reconvenção).

Em suma, feitas essas observações iniciais a respeito da nova regra legal, impõe-se apenas desejar que a mesma seja bem aplicada pelos órgãos judiciais, com a prudência necessária, de forma a tornar mais efetiva a prestação jurisdicional, sem ferir, contudo, o direito das partes à ampla defesa e ao contraditório. ☐